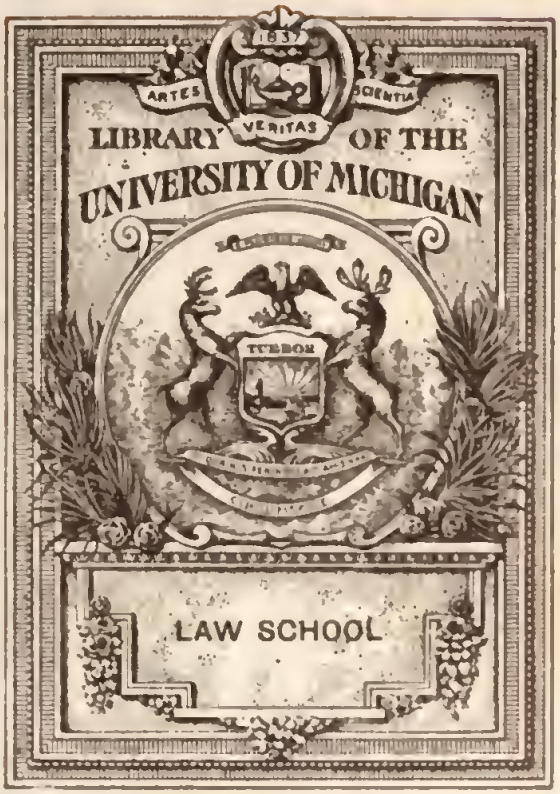
K30 .E5


ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW SCHOOL

FL2
Z486
D57
Starr
a3875

Zeitschrift

für die

gesamte Strafrechtswissenschaft.

Unter ständiger Mitarbeiterschaft

der Herren

Dr. E. Beling,
ord. Professor in Tübingen,

Dr. R. Frank,
ord. Professor in Tübingen,

Dr. R. v. Hippel,
ord. Professor in Göttingen,

Dr. H. Knapp,
Reichsarchiv-Assessor in München,

Dr. E. Kohlrausch,
a. o. Professor in Königsberg,

Dr. W. Mittermaier,
ord. Professor in Gießen,

herausgegeben von

Dr. Franz v. Liszt,
ord. Prof. der Rechte in Berlin,

Dr. Karl v. Lilienthal,
ord. Prof. der Rechte in Heidelberg,

und

Dr. Paul Herz,
Senats-Präsident am Reichs-Militärgericht in Berlin.

Vierundzwanzigster Band.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

5-3849

Berlin, 1904.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Inhaltsverzeichnis

a) des XXIV. Bandes der Zeitschrift:

Nr.		Seite
1.	Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen. Von Werner Rosenberg, Staatsanwalt in Straßburg i. Elsaß	1
2.	Über den Begriff der Vergeltung. Von Gerichtsassessor Dr. Jacques Stern	35
3.	Frhr. Alexander Hold von Ferneck: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Von Dr. Alexander Graf zu Dohna in Halle a. S.	53
4.	Die bedingte Begnadigung in den deutschen Bundesstaaten unter rechtsvergleichender Berücksichtigung der bedingten Verurteilung des Auslandes. Von Dr. K. Klee, Gerichtsassessor, kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt	69
5.	Die Deportation nach Sibirien vor und nach dem Gesetz vom 12. Juni 1900. Von Aug. Loewenstimm, Oberlandesgerichtsrat in Charkoff	88
6.	Tramping with Tramps. (Aus dem Englischen von R. Josiah Flynt.) Übersetzt von Lili du Bois-Reymond, Potsdam	129
7.	Die Versammlung des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten in Stuttgart. Von Regierungsrat Dr. v. Engelberg in Mannheim	148
8.	Literaturbericht. Rechtsphilosophie. Berichterstatter: Privatdozent Dr. Gustav Radbruch	156
9.	Bibliographische Notizen. Redigiert von Dr. Otto Leois in Pforzheim	167
10.	Einige Glossen zum „Programm zur Reform des Strafprozesses". Von Justizrat Eugen B. Auerbach in Berlin	169
11.	Die Zuhälterei im deutschen Reichsstrafrecht. Von Staatsanwalt Dr. R. Schmidt-Ernsthausen in Elberfeld	184
12.	Einige Ungenauigkeiten der Militärstrafgerichtsordnung. Von Kriegsgerichtsrat Gustav Rotermund in Erfurt	236
13.	Die §§ 253 und 259 der Militärstrafgerichtsordnung. Von Marinekriegsgerichtsrat Friedrich Tamaschke in Kiel	242
14.	Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom 1. Oktober 1900 bis 6. Oktober 1902. Von Professor Dr. Ernst Beling in Tübingen	245
15.	Kriminal-Statistik. Von Dr. Hermann Berg	279
16.	Literaturbericht. Strafprozeß. Berichterstatter: Professor Dr. Ernst Beling	291
17.	Bibliographische Notizen. Berichterstatter: Dr. Herm. Schmidt in Göttingen	315
18.	Die Strafrechtswidrigkeit. Von Prof. C. Stooß in Wien	319
19.	Über den Schuldbegriff. Von Dr. Gustav Radbruch, Privatdozent in Heidelberg	333

Nr.		Seite
20.	Über strafrechtlichen Schutz des religiösen Empfindens. Von Landgerichtsassessor Dr. Gustav Jauck in Chemnitz	349
21.	Die rechtswidrige Zueignung beim militärischen Diebstahl. Von Kriegsgerichtsrat Gustav Rotermund in Erfurt	371
22.	Beruf und Verbrechen. Von Regierungsassessor Dr. Heinrich Lindenau in Berlin	381
23.	Verschickung freiwillig auswandernder Insassen der Gefängnisse von Mecklenburg nach Brasilien in den Jahren 1824 u. 1825. Auszug aus amtlichen Akten. Von Gerichtsassessor Dr. iur. et phil. Ernst Rosenfeld-Berlin	412
24.	Literaturbericht. Strafprozeß (Fortsetzung u. Schluß). Berichterstatter: Professor Dr. Ernst Beling	426
25.	Literaturbericht. Zur Strafprozeßreform. Von Professor Dr. Ernst Beling	460
26.	Bibliographische Notizen. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Beling	492
27.	Ausländische Rundschau. Polen V: Die polnische strafrechtliche Literatur der Jahre 1892—1902. Bericht von Prof. Dr. J. Rosenblatt in Krakau	497
28.	Die grundsätzliche Tötung nach geltendem Recht. Von Dr Richard Katzenstein in Celle	503
29.	Die Grundzüge des neuen russischen Strafgesetzbuches. Von Arnold Margolin	564
30.	Ein merkwürdiger Fall von Frauenmord. Von Staatsanwalt Alfred Amschl in Graz	616
31.	Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Negatives und Positives. Von Dr. Arthur Brückmann in Berlin	657
32.	Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozeß. Von Staatsanwalt Dr. jur. Albert Feisenberger in Bochum	715
33.	Literaturbericht. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Berichterstatter: Prof. Dr. Kohlrausch in Königsberg, Privatdozent Dr. Radbruch in Heidelberg, Dr. Graf zu Dohna in Halle a. S., Privatdozent und Gerichtsassessor Dr. Fleischmann in Halle a. S.	724
34.	Literaturbericht von Prof. Dr. Berthold Freudenthal, Frankfurt a. M.	782
35.	Bibliographische Notizen. Berichterstatter: Prof. Dr. Kohlrausch	792
36.	Neue geschichtliche Hermäa. Von Theodor Distel in Blasewitz	794
37.	Ein Gottesurteil im 20. Jahrhundert. Von Eugen Kulischer in St. Petersburg	797

b) Beilage des XXIV. Bandes der Zeitschrift:

Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher:

XIX. Das Portugiesische Strafgesetzbuch übersetzt von F. Zander.

Systematisch-alphabetisches Sachregister

zu Bd. XXIV der Z. und sämtlichen Beilagen,
zugleich Bibliographie der Literaturberichte dieses Jahrganges,
bearbeitet von Dr. jur. Berger, Bürgermeister in Allstedt.

I. Philosophie und allgemeine Rechtslehre.

Allgemeines. Abriß der Rechtsphilosophie: Kohler 160. Rechtsphilosophische Studien: Berolzheimer 161. Über positivistische Begründung des philosophischen Strafrechts: Stern 162. Literaturbericht über Rechtsphilosophie: Radbruch 157—166. Kritische Grundlegung der **Ethik** als positiver Wissenschaft: Stern 162, vergl. auch Strafrechtstheorien. Individualistische und idealistische Ethik: Wentscher 163. **Jurisprudenz** als Technik: Schwann, Chamberlain 157. **Kausalitätslehre**: Siehe III 3b Strafr. Allgem. Teil. Wundts Ansichten über die **Logik** der Sozialwissenschaften vom Standpunkte des sozialen Idealismus Stammlers aus: Biermann 160. **Rechts-Normen** und Kultur-Normen: Mayer 737. Lücken im **Recht**: Zitelmann 157. Lehre von dem richtigen Rechte. Wirtschaft und Recht: Stammler 158—160. Recht und Sitte: Niemeyer 160. Mißstände in der heutigen **Rechtsprechung**: Bozi 157. **Rechtswidrigkeit** und **Schuld**: Siehe III 3b Strafr. Allgem. Teil. Strafrechts-**Schulen**: Siehe VI 1 Kriminalpolitik. **Strafrechtstheorien.** Über den Begriff der Vergeltung: Stern 35 bis 52. Die Entgeltung im Strafrecht: Berolzheimer 735. Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht: Heimberger 161, 734. Das Recht zu leben und die Pflicht zu sterben: Popper 162. Das **Verbrechen** als Strafe und die Strafe als Verbrechen: Goldenweiser 737. **Willensfreiheit**, Basis des Strafrechts: v. Bülow 163. Über die menschliche Freiheit: Fischer 163. Die Willensfreiheit: Bolliger 164. W. und moderner psychologischer Determinismus: Seitz 164. Das Problem der W. bei Lotze: Wentscher 164. W. und Strafrecht: v. Hippel, Thiesing 165, Steinitz, Müsselmann 166. Versuch einer theoretischen und praktischen Erklärung der W., begründet auf physiologische Forschungen der gegenwärtigen Zeit: Caldemeyer 165. Die Willensprobleme in systematischer Entwickelung und kritischer Beleuchtung: Kurt 165. Vom Fühlen, Wollen und Denken: Lipps 166. Was versteht das allgemeine (vulgäre) Urteil unter dem Willen (Willensfreiheit)?: Huther 166. Determinismus und Zurechnung: Krzymuski 499.

II. Universalgeschichte des Rechts. Rechtsvergleichung. Kultur-, Reichs- und Rechtsgeschichte und Rechtsquellen.

1. Allgemeines über Universalgeschichte des Rechts.

Abriß der Universalrechtsgeschichte: Kohler 160. Rechtsphilosophie in Verbindung mit Universalrechtsgeschichte: Berolzheimer 161.

2. Kulturgeschichte. Altertumskunde.

Recht und Sitte: Niemeyer 160. Rechtsnormen und Kulturnormen: Mayer 737. Neue geschichtliche Hermäa und Thesen: Distel 794.

5. Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses zusammengenommen.

d) Strafrecht, allgemeiner Teil.

Verschickung freiwillig auswandernder Insassen der Gefängnisse von Mecklenburg nach Brasilien in den Jahren 1824, 1825: Rosenfeld 412—425.

e) Strafrecht, besonderer Teil.

Betrug: Distel 795. **Diebstahl:** Derselbe 794. **Ehebruch:** Derselbe 795, 796. **Gotteslästerung:** Derselbe 794. **Die Infamia:** Łoziński (poln.) 497.

f) Strafprozeß und Gerichtsverfassung.

Von der Herkunft des Inquisitionsprozesses: Schmidt 430. Geschichte und Kritik des Schwurgerichtsverfahrens in der Schweiz: Rothenberger-Klein 428. Carpzow und seine Stellung in der Frage der Untersuchungshaft: Stebelski 502.

III. Geltendes Strafrecht.

1. Systematische Darstellungen.

Lehrbuch des Strafrechts: Finger 724. Das Strafrecht (in v. Holtzendorffs Encyklopädie): Wachenfeld 724. Das Strafrecht (in Birkmeyers Encyklopädie): Birkmeyer 726. Grundriß des Strafrechts (österr.): Lammasch 727. Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht: Birkmeyer 729. Grundzüge des Strafrechts: Beling 729. Handbuch des materiellen Strafrechts: Eichheim 730. Übersicht über das Strafrecht (im Handbuch des gesamten Rechts): Stephan 733. Lehrbuch des Strafrechts (poln.): Krzymuski 498.

2. Gesetze, Gesetzessammlungen, Kommentare, Textausgaben.

a) Das deutsche Reichs-Strafgesetzbuch.

Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich: Frank 730, Henle, Schierlinger 733. Das Strafgesetzbuch: Rüdorff-Appelius 732. Strafrecht und Strafprozeß: Dalcke 291.

b) Besprechungen einzelner Paragraphen des deutschen Reichs-Strafgesetzbuchs.

§ 1: Rosenberg 1—34. §§ 1, 2: Stooß 319—332. §§ 2, 3: Kitzinger 311. §§ 4, 5: Ötker 444. §§ 47—49: Unger 429. § 49a: Haeger 773.

§§ **53, 54**: Stooß 319—332. § **54a**: Brückmann 657—714. § **56**: v. Engelberg 149. § **57**: v. Liszt 468. § **59**: Rosenberg 13. § **163**: Martin 783. §§ **166—168**: Jauck 349—370. §§ **180, 181**: Schmidt-Ernsthausen 184 flg. §§ **211** flg.: Katzenstein 503—563. § **242**: Rotermund 371—380. § **361**: v. Engelberg, Gennat 152. § **361**[10]: Eckstein 786.

c) **Strafrechtliche Nebengesetze des Deutschen Reichs.**

Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reichs: Stenglein, Appelius, Kleinfeller 733. Sammlung kleiner strafrechtlicher Nebengesetze: Werner 733. Die preußischen Strafgesetze: Groschuff, Eichhorn, Delius 734. Kommentar zum Polizei-Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern: v. Riedel, v. Suttner 791. Das Kgl. Sächsische Landes-Strafrecht: v. Feilitzsch 734. Württembergische Strafgesetzgebung: Beling 734.

d) **Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher.**

Das portugiesische Strafgesetzbuch: Beil. II zu Heft 3/4 der Z. Der Entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs: Bieńczewski 497. Die Grundzüge des neuen russischen Strafgesetzbuches: Margolin 564—615.

3. Abhandlungen.

a) **Allgemeinen oder verschiedenen Inhalts. Rechtsprechung. Literatur.**

Rechtswissenschaftliche Untersuchungen: Bauke 741. Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Colmar i. Els. in Strafsachen: 792. Grundsätze der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes als Kassationshofes in Strafsachen (österr): Tarnowski 502. Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts: Beling 245—278. Die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts: Apt, Beling 730. Die norwegische Strafgesetzgebung d. J. 1902: Beilage zu Beilage I. Législation pénale: Mittermaier Beil. I 47 flg. La l. p. du Vénézuéla: Ochoa a. O. 47—63; Grand-Duché de Luxembourg: Delahaye a. O. 63—67; Honduras: Mittermaier a. O. 67—69; Vénézuéla: Teichmann a. O. 69, 70; Brésil: Vieira de Araujo a. O. 70. Ausländische Rundschau: Die polnische strafrechtliche Literatur d. J. 1892—1902: Rosenblatt 497–502.

b) **Strafrecht, allgemeiner Teil.**

Allgemeines. Literaturbericht: Kohlrausch, Radbruch, Graf zu Dohna, Fleischmann 724—781. Die **Anstiftung** zum Verbrechen: Makarewicz (österr.) 500. **Arzt** und Strafrecht: siehe Rechtswidrigkeit. **Bedingte** Verurteilung: siehe VI, 4, Pönologie. **Deportation**: siehe ebendort. Die Grenze von Vorsatz und **Fahrlässigkeit**: v. Hippel 749. **Freiheitsstrafe**: siehe VI, 4, Pönologie. Die **Geldstrafe**: Kohler, Schmölder 774. Vollstreckung der Geldstrafe: Bärwald 450 **Geltungsgebiet.** Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht: Tafel 741. **Handlung**: siehe Verbrechen. **Irrtum** und Schuldbegriff im Strafrecht: Kohlrausch 754. Die Bedeutung des Rechtsirrtums: Allfeld 757. **Jugendliche**: siehe VI, 3, Kriminologie. Die **Kausalitätsfrage**: Scholten 746. Die Kausallehre des Strafrechts: v. Rohland a. O. Die Kausalität im Vorsatz: Lauffer 754. Der Begriff des Wirkens: Genzmer 745. Über **Notwehr** und

Notstand: Oetker 758, Auer 759, Großmann 760, Knauer, Würzburger 761, Haag 762, Baumann 763, Münz, Bauer 764, Simon v. Alberti 765, Ahsbahs 766. Notwehr und Notstand nach dem B.G.B: siehe X. Privatrecht. Die Delikts- und Strafsähigkeit der **Personenverbände:** Hafter 742, Zürcher 745. **Polizeidelikte:** siehe Übertretungen. Die **Rechtsfolgen** einer strafgerichtlichen Verurteilung: Rosenblatt 500. Der Begriff der **Rechtswidrigkeit:** Hold v. Ferneck, Graf zu Dohna 53—68. Die Strafrechtswidrigkeit: Stooß 319—332. Medizin und Strafrecht: Behr 769. Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe: Brückmann 657—714, Dührßen 769. Die Bedeutung der Einwilligung des Patienten zur Operation: Fritsch 768. Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden: Klee 767. Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen: Bauer 770. **Rückfall:** siehe VI, 4, Pönologie. Über den **Schuldbegriff:** Radbruch 333—348, vgl. auch: Kausalität, Rechtswidrigkeit, Zurechnung. Zweck der **Strafe:** Rosenberg 26flg., siehe I, 2. b, Philosophie. **Strafensystem:** siehe VI. 4, Pönologie. **Strafrechtstheorie:** siehe oben I. 2. b, Rechtsphilosophie. Die allgemeinen **Strafschärfungsgründe** des deutschen Milit.-Str.G.B.s: Mayer 792. Die Lehre von der **Teilnahme** am Verbrechen: Rosenblatt 500, Krzymuski (poln.) 498, 499. Polizei-**Übertretungen:** Frank 775, Goldschmidt 776 flg. Das **Verbrechen** als Strafe und die Strafe als Verbrechen: Goldenweiser 737. **Verbrechens-Einteilung.** Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen: Rosenberg 1—34; vgl. auch Übertretungen. Die ideelle **Verbrechens**-Konkurrenz (österr.): Makarewiez 499. Der untaugliche **Versuch:** Delaquis 771, Krzymuski (poln.) 498. Die Grenze von **Vorsatz** und Fahrlässigkeit: v. Hippel 749. Die Kausalität im Vorsatz: Lauffer 754. **Willensfreiheit:** siehe I. 2. b, Philosophie. **Zurechnung** und strafrechtliche Verantwortlichkeit in positiver Beleuchtung: Goldenweiser 748. Determinismus und Zurechnung: Krzymuski (poln.) 499. **Zwangserziehung:** siehe VI. 4, Pönologie.

c) Strafrecht, besonderer Teil und Nebengesetze.

Repression **anarchistischer** Delikte: Rasp (österr.) 500. Das Delikt der **Ehren-Beleidigung:** Jendl (poln.) 497. **Bettel:** siehe VI. 3, Kriminologie. Teilnahme am **Diebstahl:** Krzymuski (poln.) 499. Die rechtswidrige Zueignung beim militärischen Diebstahl: Rotermund 371—380. Der fahrlässige **Falsch-Eid,** falsche Aussagen: Rosenblatt 500, Freudenthal, Thomsen 782, Martin 783, Stenglein, Olshausen 784, Feuerstein, Krzymuski, Makarewiez (österr.) 501. Mittel zur Vorbeugung gegen Meineid: Wittich 443. **Kindesraub** (österr.): Morelowski 500. **Körperverletzung:** Brückmann 657 flg. Ein Gottesurteil im 20. Jahrh.: Kulischer 797. Die **Kriegsartikel** mit Erläuterungen: Henseling 494. **Kuppelei.** Die Zuhälterei im R.Str.G.B.: Schmidt-Ernsthausen 184—235. Mädchenhandel: 9. Sitzung der J.K.V. Beil. I 239. Ein merkwürdiger Fall von Frauenmord: Amschl 616—656. **Mädchenhandel:** siehe Kuppelei. Über die Kollision einer geschützten Wort-**Marke** mit einer Figural-Marke: Lachecki (poln.) 497. **Meineid:** siehe Eid. Frauen-**Mord:** Amschl 616—656. **Prostitution:** siehe Kuppelei. Kommentar zum **Polizei-Str.G.B.** für das Kgr. Bayern: v. Riedel, v. Suttner 791. Die Reform des **Preßrechts:** Rosenblatt 500. **Religionsdelikte.** Über strafrechtlichen Schutz des religiösen Empfindens:

Jauck 349—370. **Sachbeſchädigung.** Über die Gutmachung des Schadens: Aſchkenorzy (poln.) 497. Die vorſätzliche **Tötung** nach geltendem Recht: Katzenſtein 503—563. Grober **Unfug**: Rothering 791. Die ſtrafbare Verletzung der **Unterhaltspflicht**: Eckſtein 786. **Unzucht**: ſiehe Kuppelei. Das neue **Wuchergeſetz**: Nowodworski (ruſſ.) 500.

IV. Strafprozeß und Gerichtsverfaſſung.

1. Syſtematiſche Darſtellungen.

Der Strafprozeß (in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie: Beling 292.) Anleitung zur ſtrafrechtlichen Praxis. Lehrbuch der Anwendung des Strafprozeßrechts: Lucas 292. Die Staatsanwaltſchaft: o. Merck und Kloß: 293. Die Erforſchung des Sachverhalts ſtrafbarer Handlungen. Ein Leitfaden für Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienſtes: Groß 294. Grundzüge der Strafvollſtreckung: Weichert 448.

2. Geſetze. Geſetzesſammlungen. Kommentare. Textausgaben.

a) Textausgabe der **deutſchen Reichsſtrafprozeßordnung**: Olshauſen, Hellweg 291. Strafrecht und Strafprozeß. Text: Dalcke 291.

b) Beſprechungen einzelner Paragraphen der **deutſchen R.Str.P.O.**

§ **7**: Kitzinger 311. § **25**: Auerbach 170. §§ **51** flg.: Beling 435. §§ **54, 56**: Stern 465. § **56**: Wittich 443. § **122**: Middendorf 439. § **154**: v. Kujawa 448. §§ **158, 188**: Feiſenberger 715—723. § **222**: Unger 429. § **244**: Becker, Staub 474, 475. § **264**: Oſtern 433. § **266**: Kroſchel 438. § **377**: Lobe, Drucker, Geiershöfer 477. § **399**: Hamm 477. §§ **399, 404**: Weſt 448. §§ **440, 450**: Auerbach 181. § **463**: Roſenberg 34. § **482**: Olbricht 439. § **494**: v. Liszt 468. §§ **494, 495**: Bärwald 450. § **497**: Gennat 449.

c) **Gerichtsverfaſſungsgeſetz**, § 77: v. Kujawa 448.

d) Textausgabe der **Württembergiſchen** Prozeßgeſetzgebung: Beling 291, 292.

e) **Militärſtrafgerichtsordnung**, Kommentar: Herz 453. Paraphraſe: Steidle 454. Für den Gebrauch des Offiziers: Mayer 454. §§ 253, 259: Tamaſchke 242—244. §§ 275, 338, 339, 346, 375, 388, 389, 390: Rotermund 236—241. Kommentar zur Disziplinar-Strafordnung für die Kaiſerliche Marine: Fielitz 496.

f) **Außerdeutſche Prozeßgeſetze.**

Kommentar zur öſterreichiſchen Strafprozeßordnung: Stebelski 502. K. d. öſterr. Milit.Str.P.O.: Lelewer 454. Der italieniſche Str.P.O.-Entwurf: o. Bar 299. Législation pénale: Mittermaier Beil. I, 47 flg. De la procédure criminelle en Écosse: Wilſon a. O. 71—82.

3. Abhandlungen.

a) **Allgemeines. Reform. Literatur. Rechtſprechung.**

Literaturbericht: Beling 291—314, 426—459. Zur Strafprozeßreform: Derſelbe 400—491. Reform des Strafprozeſſes: Stenglein 295—298. Gloſſen zum Programm zur Reform des Strafprozeſſes: Auerbach 109—183. Die Ver-

fügung in Strafsachen: Krobitzsch 426. Die Mischgesetze des deutschen Str.G.B.s: Wertheimer 427. Die Aufgabe des Strafrichters: v. Hippel 292. Leitfaden für die Revision der Geschäfte bei den preußischen Amts- und Landgerichten: Daubenspeck 493. Jahrbuch der preuß. Gerichtsverfassung: 493. Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts: Beling 245—278. Militärrechtliche Erörterungen: Weissenbach 455. Tabellen zur Milit.Str.G.O.: Beling 455. Das neue französ. Milit. Justizgesetz: Stavenhagen 455. Praktische Strafanzeigen: Stelling 316. Leipziger Bankprozeß: Lobe, Drucker, Geiershöfer 477. Der Kwilecki-Prozeß: Rosenfeld, Leuschner 464.

b) Einzelnes.

Mißbrauch des **Ablehnungsrechts**: Auerbach 169. Die Zulässigkeit der **Alternativität** im Strafprozeß: Ostern 432. Personalfrage der **Amtsanwälte**: Bleichrodt 461. Das Straf-**Antragsrecht** des gesetzl. Vertreters des minderjährigen Verletzten: Pollak 431. **Auslieferung**: siehe Rechtshilfe. **Aussetzung** der Strafvollstreckung wegen Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten: Beling 463; siehe **Bedingte** Verurteilung VI. 4, Pönologie Das **Begnadigungsrecht**: Anonymus 317. **Bertillonage**: siehe VI. 3, Kriminologie. Die **Berufungs**-Instanz: Rotermund 238. Für die Berufung: Samter 476. Beseitigung derselben: Auerbach 183. Rechts-**Beschwerde**: Rotermund 241. Die **Beweis**-Last: Schulz 496. Der menschliche Körper als Beweisobjekt: Rosenmeyer 434. Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung: Beling 435. Vgl. auch: Eid und Zeugnis. Die **Disziplinar**-Strafgewalt des Kompagnie-Chefs: Spohn 492. Ist der Vor-**Eid** zu beseitigen?: Auerbach 171. Die Lüge vor Gericht: Marcus 492. Unbeeidete Parteienaussage als falsche Zeugenaussage (österr.): Feuerstein u. a. 501. Eidesverweigerungsrecht: Stern 465. Vgl. III. 3. c. Eid. Entwurf eines Gesetzes betr. die **Entschädigung** für unschuldig erlittene Untersuchungshaft: Beling 479—489, Hamm 489, 9. Sitzung der J.K.V. Petersburg 1902, Beil. I, 138 flg., Krzymuski (poln.) 498. **Ermittelung**: siehe Voruntersuchung. **Eröffnungsbeschluß**: Auerbach 178, 179, Rosenberger, Fielitz 457. Gesetz-Entwurf betr. Unterbringung **Geisteskranker**: siehe VI, 4, Pönologie. Über das Verhältnis mehrerer gleichzeitiger **Haftbefehle** zueinander und zur Strafvollstreckung: Olbricht 438. Prozeß-**Handlungen** im allgemeinen: 430. Reform der **Hauptverhandlung**: Becker 473. Das Protokoll über die Hauptverhandlung: Auerbach 181. Die parlamentarische **Immunität**: v. Muralt 492, Krzymuski (poln.) 499. Von der Herkunft des **Inquisitions**-Prozesses: Schmidt 430. Über die **Kollusionshaft** (österr.): Stebelski 502. Das deutsche Gerichts-**Kostenwesen**: Pfafferoth 451. Die Gerichtskostengesetze: Roos, Kern 453. Haftkosten der Vollstreckung der Freiheitsstrafen: Gennat 449. Sollen die Vorschriften über das **Kreuzverhör** geändert werden?: Auerbach 180. **Laien**-richter: siehe Schöffen- und Schwurgericht. Durchbrechung des **Legalitäts**-Prinzipes: Galli 465. Zur Lehre von den **Parteien**: Unger 429. **Preßprozeß**: Rosenblatt 500. Der ambulante Gerichtsstand der Presse und die diesbezügl. Aufgaben des Gesetzgebers: Kitzinger 311. Umwandlung der Geldstrafe im Preßverfahren: Makarewicz (österr.) 501. Die systematische Stellung des **Privatklage**-Verfahrens im Strafprozeß: Gerland 446. Wirkung der Übernahme der Strafverfolgung seitens der Staatsanwaltschaft in dem Verfahren auf er-

hobene Privatklage: v. Kujawa 448. **Prozeßprinzipien**: 430. **Rechtsanwalt.** Die Advokatur unſerer Zeit: Benedikt 309, 310. Über Anwaltszwang: Friedländer 313. Das deutſche Auslieferungsrecht und die **Rechtshilfe** in Strafſachen: Groſch 313. Lehre von der **Rechtskraft** des Strafurteils: Barbarino 438. Entlaſtung der Strafſenate des **Reichsgerichts**: Olshauſen, Bleichrodt 461. Beweiserhebung in der **Reviſions-Inſtanz**: Alsberg 448. Reviſion geſtützt auf Prozeßrüge: Lobe, Drucker, Geiershöfer 477. Der Arzt als **Sachverſtändiger** und ſachverſtändiger Zeuge: Schultze 167, 168. Die Rechtsgrundlagen der **Schöffen-** und **Schwurgerichts-Bildung**: Ötker 300—308. Heranziehung von weiblichen Schöffen und weiblichen Geſchworenen: Beling 462. Kompetenz der Schöffengerichte: Bleichrodt 461. Ausdehnung der **Schwurgerichte**: Auerbach 182. Gegen die Schw.: Unger 309. Der Vorſitz im Schw.: Kalau vom Hofe 443. Schwurgerichtliche Frageſtellung: Ötker 444, Allerhand und Spaſowiez (öſterr.) 501, 502. Ungerechtfertigte Freiſprechungen ſeitens der Schw.: Lelewer 462. Geſchichte und Kritik des Schwurgerichtsverfahrens in der Schweiz: Rothenberger-Klein 428. Zur Stellung der **Staatsanwaltſchaft** im Strafprozeß: Feiſenberger 715—723. Lehrbuch: v. Mark und Kloß 293. **Strafbefehl**: Auerbach 181. Morelowski (öſterr.) 501. Ausbau des Strafbefehlverfahrens: Fürſt 490. Die Beſetzung der **Strafkammer** mit 3 ſtatt 5 Richtern: Samter 308. Grundzüge der **Strafvollſtreckung**: Weichert 448. Das Gefangenen-**Transportweſen** in Württemberg: Köhler 451. **Unterſuchungsführer** nach § 159 der Milit.Str.G.O.: Stenglein, Brückmann 458. Die zur Abwendung der **Unterſuchungshaft** geleiſtete Sicherheit: Middendorf 439. Die Abfaſſung der **Urteile** in Strafſachen: Kroſchel 437. Nähere Darlegung der Urteilsgründe: Auerbach 180. Lehre von der Rechtskraft des Strafurteils: Barbarino 438. Str.P.O. § 266: Kroſchel 438. Empfiehlt ſich eine Ausdehnung des **Verſäumnisverfahrens**?: Auerbach 179 Aufgabe des **Verteidigers** (öſterr.): Roſenblatt 502. Die ſelbſtändigen Erhebungen des Verteidigers: Benedict 431. Die Selbſtverteidigung in Strafſachen: Themiſtor Unberufen 492. Notwendige Verteidigung: Rotermund 236. Erweiterung der notwendigen Verteidigung?: Auerbach 171. Reform des Rechts der Verteidigung: Mamroth 462. **Voruntersuchung. Vorverfahren**: 9. Sitzung der J.K.V., Petersburg 1902: Beil. I 166 flg. Gegen die V.: Oppler, Roſenfeld 464, Zucker 471, Stooß 472. Für die V.: Groß 442, 472, Maßmann 473. Bedarf das Vorverfahren insbeſondere im Intereſſe des Beſchuldigten einer Umgeſtaltung?: Auerbach 179. Reform des V.: Galli 470. Einige Reformen des V.: Zucker 440—442. Das milit. Ermittelungsverfahren: Tamaſchke 242—244. **Wiederaufnahme** des Verfahrens: Weſt 448. Einſchränkung der W. d. V: Hamm 477. Die kriminaliſtiſchen **Zählkarten** und Strafnachrichten: Cammert 451. Würdigung der **Zeugenausſage**: Groß 437. Aufhebung der Zeugnispflicht der Redakteure: Beling 466. Beichtſiegel und Zeugnispflicht: Mode 435. Die **Zuſtändigkeitsgrenzen** zwiſchen Militär- und Civilgerichtsbarkeit: Weigel 456. Zuſtändigkeit der Militärgerichtsbarkeit betr. Invalidenverſicherungsgeſetz: Hilſe 457. Die Z. der militär. Gerichte in der Schweiz. Schneider 456.

V. Gerichtliche und gerichtsärztliche Medizin. Pſychopathologie. Pſychiatrie.

Handbuch der gerichtlichen Medizin: Wachholz 501. Über die Vorteile des Studiums der gerichtlichen Medizin für Juriſten, ſowie über die Notwendigkeit der Kreierung ſtabiler geprüfter Gerichtsärzte bei Gerichtshöfen: Kowalski 501. Der Arzt als Sachverſtändiger und ſachverſtändiger Zeuge: Schultze 167, 168. Beiträge zur Pſychologie der Ausſage: Stern 496. Ein merkwürdiger Fall von Frauenmord: Amſchl 616—656.

VI. Kriminalpolitik i. w. S. Strafvollzug. Gefängnisweſen.

1. Kriminalpolitik im allgemeinen.

Über Klaſſizismus und Poſitivismus in der Strafrechtswiſſenſchaft; eine Darſtellung der Grundſätze der neuen Strafrechtsſchulen: Makarewicz 499. Neue Richtungen in der Strafrechtswiſſenſchaft: Stebelski 501. Das Programm der J.K.V.: 9. Sitzung der J.K.V. Beil. I 83 flg. Strafrechtstheorien: ſiehe I. 2. b, Rechtsphiloſophie. Strafrechtsreform in Deutſchland und der Schweiz: Meyer von Schauenſee, v. Lilienthal 166. Reform des Strafprozeſſes: Auerbach 169 bis 183, Stenglein 295—298.

2. Kriminalſtatiſtik.

Berg 279—290. Kriminalſtatiſtiſche Unterſuchungen der Kreiſe Marienwerder und Thorn: Blau 288. Die kriminaliſtiſchen Zählkarten und Strafnachrichten: Cammert 451. Die Ergebniſſe der öſterreichiſchen Kriminalſtatiſtik: Morelowski 500. Statiſtiſche Überſicht der Verhältniſſe der öſterr. Strafanſtalten und der Gerichtsgefängniſſe i. J. 1898: 282. Die Ergebniſſe der Strafrechtspflege in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern i. J. 1898: 279. Aus der Kriminalſtatiſtik Galiziens: Stebelski 501. Statistique Judiciaire de la Belgique, 1900: 285.

3. Kriminologie. Lehre von der Geſtalt und den Urſachen der Verbrechen. Kriminal-Ätiologie.

Allgemeines über Kriminologie und kriminologiſche Unterſuchungsmethode: Lindenau 381, 407. Die Faktoren des Verbrechens: v. Liszt. 9. Sitzung der J.K.V. Petersburg 1902, Beil. I 246. Aus dem Berliner Verbrecherleben: Weien 496. Delitti vecchi e delitti nuovi: Lombroſo 315. **Altersgrenzen**: ſiehe Jugend. **Arbeitsſcheu**: ſiehe Landſtreicherei. **Beruf** und Verbrechen: Lindenau 381—412. **Bettelei** ſiehe Landſtreicherei. Anleitung zur Aufnahme von **Fußſpuren**: Klatt 433. **Jugend**. Hat ſich die Altersgrenze, welche das deutſche Strafgeſetzbuch für die Strafmündigkeit feſtſetzt, bewährt, oder empfiehlt ſich ein Hinaufrücken derſelben?: v. Engelberg, Verein der deutſchen Strafanſtaltsbeamten: 149. Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einſicht: Kroſchel 438. Die **Körpermeſſung** der Verbrecher nach Bertillon: Klatt 433. Der menſchliche Körper als Beweisobjekt: Roſenmeyer 434. Bettelei und **Landſtreicherei**. Das Leben der Wanderarmen: Oſtwald 788. Arbeitſcheu und Recht

auf Arbeit: Herz 790. Tramping with Tramps: Flynt Willard, Lili du Bois-Reymond 129—147. Die **Photographie** als Hilfsmittel der gerichtlichen Polizei: Klatt 433. **Psychische** Verbrechensfaktoren: 9. Sitzung der J.K.V., Petersburg 1902, Beil. I 108 flg. **Soziale** Verbrechensfaktoren: v. Liszt a. O. 255.

4. Pönologie. Strafvollzug. Gefängniswesen.

Allgemeines. Hat sich das jetzige Strafensystem bewährt? Welche Vorschläge für ein neues System können aufgestellt werden?: v. Engelberg, Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten, 153. Das **Arbeitshaus** als technische Hochschule für Stempelfälscher: Schütze 788. Die **bedingte Begnadigung** in den deutschen Bundesstaaten unter rechtsvergleichender Berücksichtigung der **bedingten Verurteilung** des Auslandes (statist.): Klee 69—87, 9. Sitzung der J.K.V. Petersburg 1902, Beil. I 220. Aussetzung der Strafvollstreckung wegen Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten: Beling 463. Die **Deportation** nach Sibirien vor und nach dem Ges. v. 12. 6. 1900: Loewenstimm 88—128. 9. Sitzung der J.K.V. Beil. I, 224. **Entlassenen-Fürsorge**: a. O. 138 flg. Beschränkungen der Vollstreckung der **Freiheitsstrafen**: Ortloff 449. Welches sind die Erfahrungen über die Wirkungen der Einzelhaft auf den Gefangenen in gesundheitlicher wie sittlicher Beziehung?: v. Engelberg, Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten 151. Ges.-Entw. betr. die Verwahrung gemeingefährlicher **Geisteskranker** und vermindert Zurechnungsfähiger: v. Liszt 468. Unterbringung des Angeklagten in einer Irrenanstalt: Kornfeld, Stenglein 439. Zwangserziehung **Jugendlicher**: Ortloff 449. Das bayerische Zwangserziehungsgesetz: Reeb 793. Das **Kinder-Schutzgesetz** vom 30. 3. 1903: Zwick. Der Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten über die Behandlung der **Rückfälligen**: v. Engelberg 152. **Zwangserziehung**: siehe Jugendliche.

VII. Internationales Recht. Völkerrecht. Weltrecht.

Reflektionen über die Exekution auswärtiger Zivilurteile: Meili 495. Über die strafrechtliche Jurisdiktion auf Handelsschiffen in ausländischen Häfen: Rostworoski 501. Das deutsche Auslieferungsrecht und die Rechtshilfe in Strafsachen im Verhältnis zum Reichsausland: Grosch 313.

VIII. Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

Das **Begnadigungsrecht**: Klee 69—87, 317. **Gewerbe-Archiv** für das deutsche Reich: v Rohrscheidt 494 Die parlamentarische **Immunität**: v. Muralt 492. Die Immunität der Abgeordneten: Krzymuski (poln.) 499. **Polizei-Übertretungen**: Frank 775. Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre: Goldschmidt 776 flg. Die Erforschung des Sachverhalts strafbarer Handlungen. Ein Leitfaden für Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienstes: Groß 294. Kommentar zum Polizei-Str.G.B. für Bayern: v. Riedel, v. Suttner 791. Das **Standesamt**, Zeitschrift und Ratgeber für die mit Standesamtsgeschäften beauftragten Beamten: Schmitz 318. Die Sprachenfreiheit in öffentlichen **Versammlungen**: Hubrich 494. Zur Polenfrage. Der Gebrauch der polnischen Sprache in politischen Versammlungen: Paalzow 316.

IX. Kirchen- und Eherecht.

Ehescheidung: Bresler 495. Das Standesamt: Schmitz 318.

X. Privatrecht. Handels-, Wechsel-, Seerecht.

a) **Bürgerliches Gesetzbuch** für das deutsche Reich, §§ 227, 228: Oetker 758, Haag 762. §§ 677—687: Brückmann 657—714. § 904: Oetker 758. §§ 1568, 1569: Bresler 495.

b) **Allgemeines.** Mnemotechnik im B.-G.-B.: Franz 793. Die Rechtspraxis der **Ehescheidung** bei Geisteskrankheit und Trunksucht: Bresler 495. Über die Kollision einer geschützten Wort- mit einer Figural-**Marke**: Lachecki (poln.) 497. Das Recht auf den **Namen**: Allerhand (poln.) 497. **Negotiorum gestio.** Operative Eingriffe des Arztes: Brückmann 657—714. **Notwehr** und **Notstand** nach dem B.G.B.: Oetker 758, Auer 759, Großmann 760, Knauer, Würzburger 761, Haag 762, Baumann 763, Münz, Bauer 764, Simon, v. Alberti 765, Ahsbahs 766. Das Reichsgesetz über die Beurkundung des **Personenstandes** und die Eheschließung: Wiest 318. Über die Gutmachung des **Schadens**: Aschkenazy (poln.) 497. Das **Standesamt.** Zeitschrift und Ratgeber: Schmitz 318.

XI. Zivilprozeß u. Gerichtsverfassung. Konkursprozeß. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

a) Schulung für die ziviliſtische Praxis, Lehrbuch: Stölzel 292. Textausgabe der Württembergischen Prozeßgesetzgebung: Beling 291, 292.

b) Rechts-**Anwaltschaft** und Patent-Anwaltschaft: Alexander-Katz 494. Die **Beweislast** im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozesse: Schulz 496. Die Lüge vor Gericht (Beseitigung des Eides): Marcus 492. Die Preuß. **Schiedsmannsordnung**: Halle 494. In welchem Umfange sind zivilprozessuale Vorschriften bei der **Vollstreckung** der Geldstrafen anzuwenden? Bärwald 450. Das **Zwangsversteigerungs**-Gesetz: Reinhard 493. Die **Zwangsvollstreckung**: Falkmann 493.

XII. Staatswissenschaften.

Wirtschaft und Recht: Stammler 158—160. Wundts Ansichten über die Logik der Sozialwissenschaften vom Standpunkte des sozialen Idealismus Stammlers aus: Biermann 160.

XIII. Encyklopädie. Vereinigungen. Versammlungen. Literatur. Bibliographie. Reform. Personalien.

1. Rechtsencyklopädie.

Encyklopädie der Rechtswissenschaft: v. Holtzendorff-Kohler 292. Handbuch des gesamten Rechts: Stephan 733. Grundriß des gesamten deutschen Rechts: Posener 492. Grundriß des öffentlichen Rechts: Schwarz 729. Rechtslehre zum Gebrauch in den Militärakademien: Schupp 492. Jahrbuch des deutschen Rechts:

Neumann 792. Jahrbuch der preuß. Gerichtsverfassung: 493. Textausgabe der württemberg. Prozeßgesetzgebung: Beling 291, 292.

2. Literatur- und Gesetzgebungsberichte. Bibliographie. Rechtsprechung.

a) **Literaturbericht** über: Rechtsphilosophie: Radbruch 157—166. Strafrecht: Kohlrausch, Radbruch, Graf zu Dohna, Fleischmann 724—781, Freudenthal 782—791. Die polnische strafrechtliche Literatur 1892—1902: Rosenblatt 497—502. L. über Strafprozeß: Beling 291—314, 426—459, über Strafprozeßreform: Derselbe 460—491.

b) **Bibliographische Notizen**: Levis 167, 168, Schmidt 315—318, Beling 492—496, Kohlrausch 792 Neue geschichtliche Hermäa und Thesen: Distel 794.

c) **Rechtsprechung** des Oberlandesgerichts Colmar i. Els. in Strafsachen: 792. Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts: Warneyer 495. Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts: Beling 245—278. Grundsätze der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes als Kassationshofes in Strafsachen (österr.): Tarnowski 502. Mißstände der heutigen Rechtsprechung: Bozi 157. Kriminalprozesse aller Zeiten: 495. Ein merkwürdiger Fall von Frauenmord: Amschl. 616—656.

d) **Gesetzgebung.** Législation pénale: Mittermaier Beil. I, 47 flg. Die Norwegische Strafgesetzgebung d. J. 1902: Beilage zu Beil. I. Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher: Beilage zu Heft 3 u. 4 der Z.

3. Vereinigungen. Versammlungen.

a) die J.K.V. (Internationale Kriminalistische Vereinigung): 9. Sitzung zu Petersburg vom 17.—20. September 1902. Mitteilungen der J.K.V.: Beil. I der Z. Statuten der J.K.V.: a. O. 1. Vorstand: a. O. 269. Mitgliederverzeichnis der J.K.V.: a. O. 3—46.

b) Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten, Versammlung in Stuttgart vom 1.—4. Juni 1903: v. Engelberg 148—156.

4. Personalanzeigen.

Meyer v. Schauensees Erklärung an v. Lilienthal, Antwort v. Lilienthals: 166.

5. Reform des jurist. Studiums. Ausbildung des Juristen.

Anleitung zur strafrechtlichen Praxis: Lucas 292. Praktische Strafanzeigen: Stelling 316. Über Proberelationen: 493. Schulung für die zivilistische Praxis: Stölzel 292. Über die Vorteile des Studiums der gerichtlichen Medizin für Juristen: Kowalski 501.

1.

Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen.

Von Werner Rosenberg, Staatsanwalt in Straßburg i. Elsaß.

I.

Das deutsche Strafgesetzbuch unterscheidet nach dem Vorbild des code pénal und des preußischen Strafgesetzbuchs drei verschiedene Klassen von strafbaren Handlungen: Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Schon bei der Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund ist diese Einteilung vielfach bekämpft worden[1]). Merkel z. B. bezeichnete in seinem Gutachten für den neunten deutschen Juristentag die erwähnte Dreiteilung als eine „Schmarotzerpflanze" im Gebiet der Strafgesetzgebung, welche nur Leben erhalten könne auf Kosten der Natur der Sache, ferner als „wertlosen Ballast", der den Schein einer Bedeutung nur habe, so lange das Schifflein der Legislation mit wirklichen Werten zu leicht befrachtet sei[2]). — Auch in andern Ländern hat das System der Dreiteilung Gegner gefunden. Auf dem fünften internationalen Gefängniskongreß in Paris (1895) sowie auf den Versammlungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung in Lissabon (1897), München (1898) und Budapest (1899) ist die Abschaffung der Dreiteilung theoretisch erörtert worden[3]). Die neuen Strafgesetzbücher für die Niederlande (1881),

[1]) Vgl. die Literaturnachweise bei Binding, „Handbuch des Strafrechts", Bd. I (1885) S. 511 Anm. 6, ferner die Reden des Abg. Lasker in den Sitzungen des Norddeutschen Reichstags v. 2. März u. 23. Mai 1870, Sten.-Ber. S. 151 und 1122.

[2]) Adolf Merkel, „Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund" (1869) in den Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages (1870) Bd. I S. 20—21.

[3]) Blätter für Gefängniskunde, herausgegeben von Wirth, Bd. 29 (1895) S. 327. — Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, Bd. VI (1897) S. 493, Bd. VII (1899) S. 186, Bd. VIII (1900) S. 77, 92, 131, 184, 289.

Italien (1889) und Bulgarien (1896), desgleichen die Entwürfe für ein norwegisches und ein schweizerisches Strafgesetzbuch haben den praktischen Versuch gemacht, die Dreiteilung durch die Zweiteilung zu ersetzen[1]).

Die Kritik, welche an der Einteilung des deutschen Strafgesetzbuchs geübt worden ist, muß als begründet anerkannt werden. Das System der Dreiteilung beruht nicht auf einer Verschiedenheit der strafbaren Handlungen, sondern auf einer Verschiedenheit der Rechtsfolgen, welche das positive Recht an die Feststellung der strafbaren Handlungen knüpft; allein dieser Grundsatz ist nirgends konsequent durchgeführt. Jede Regel, die für eine Klasse von strafbaren Handlungen aufgestellt ist, enthält wieder Ausnahmen, durch welche die ganze Klasseneinteilung hinfällig wird.

Auf die Verschiedenheit der Strafarten kann die Dreiteilung nicht gestützt werden. Geldstrafe ist nicht nur bei Übertretungen, sondern auch bei Vergehen und Verbrechen zulässig, in manchen Fällen sogar obligatorisch (vgl. z. B. §§ 264, 265, 302a bis 302d St.G.B.). Haftstrafe kann auch bei Vergehen verhängt werden, z. B. in den Fällen des § 28 Abs. 2, § 140 Ziff. 2, § 185 und § 186 St.G.B. Gefängnisstrafe muß bei vielen Verbrechen ausgesprochen werden, wenn der Täter eine jugendliche Person ist (§ 57 Ziff. 1 und 3 St.G.B.) oder wenn dem Täter mildernde Umstände bewilligt werden (vgl. z. B. §§ 174, 176, 177, 213, 228, 243, 244, 249, 250, 264, 265, 268 St.G.B.). Die Gefängnisstrafe unterscheidet sich außerdem von der Haftstrafe, welche für gewisse Übertretungen angedroht ist (§ 361 Nr. 3—8 St.G.B.) nur dem Namen nach. Sowohl die Gefängnisgefangenen als die erwähnten Haftgefangenen können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, verwendet werden (§ 16 Abs. 2 und § 362 Abs. 1 St.G.B.). Festungshaft ist nicht nur bei Vergehen, sondern auch bei Verbrechen möglich. Todesstrafe und Zuchthausstrafe werden ausschließlich bei Verbrechen erkannt, aber nicht bei allen Verbrechen, sondern nur bei einem Teil derselben.

---

[1]) v. Liszt: „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung" (1894/99) Bd. I S. 193, 588, Bd. II S. 485. — Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, Bd. VII (1899) Beilage (norwegischer Entwurf § 2), Bd. VI 1896/97 Beilage (schweizerischer Entwurf Art. 3 und 210).

Auf die Verschiedenheit des Strafmaßes kann die Dreiteilung gleichfalls nicht gegründet werden. Es gibt Vergehen jugendlicher Personen, bei welchen der Höchstbetrag der angedrohten Geldstrafe 150 Mk. beträgt (vgl. z. B. §§ 292, 299, 57 Ziff. 3 St.G.B.); ebenso gibt es Verbrechen jugendlicher Personen, welche nur mit Festung bis zu fünf Jahren bedroht sind (vgl. z. B. §§ 85, 88, 98, 57 Ziff. 3 St.G.B.).

Die Vorschriften über die verschiedene Bestrafung des Versuchs und der Beihilfe sind ebenfalls nicht geeignet, die Dreiteilung zu rechtfertigen. Es gibt Verbrechen, bei denen eine Bestrafung des Versuchs nicht stattfindet. Beispiele bieten §§ 81, 82 und 159 St.G.B., in denen Versuchs- und Vorbereitungshandlungen als selbständige Delikte mit Strafe bedroht sind[5]). Es gibt ferner zahlreiche Vergehen, bei welchen eine Bestrafung der Beihilfe ausgeschlossen ist, nämlich alle Fahrlässigkeitsdelikte, welche zur Klasse der Vergehen gehören[6]).

Auch die Rechtsnormen über die Verjährung entsprechen nicht der Dreiteilung. Es gibt Verbrechen, welche in sechs Monaten verjähren (§ 22 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874); es gibt Vergehen, welche in drei Monaten verjähren (§ 145 der Gewerbeordnung); es gibt endlich Übertretungen, welche in drei und fünf Jahren verjähren (vgl. z. B. § 7 des Einführungsgesetzes zum St.G.B., § 17 des Wechsel-Stempelsteuergesetzes vom 10. Juni 1869).

Die §§ 4, 6, 40, 49a, 57 Nr. 4, 74, 157 Nr. 1, 240, 241 und 257 St.G.B. unterscheiden nur zwei Klassen von strafbaren Handlungen; die Dreiteilung kann aus ihnen nicht hergeleitet werden. Dasselbe gilt von § 453 der St.P.O. Der summarische Prozeß, welchen die St.P.O. an verschiedenen Stellen zuläßt — §§ 211, 244 Abs. 2, 447 — ist nicht nur bei Übertretungen, sondern auch bei manchen Vergehen möglich.

Nach dem Gerichtsverfassungsgesetz sind die Schöffengerichte für Übertretungen und Vergehen, die Strafkammern für Vergehen und Verbrechen zuständig. Nach dem Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (§ 6) können die Schwurgerichte nicht bloß Ver-

[5]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. (1902) S. 186 bis 187.

[6]) v. Liszt, Lehrbuch S. 207 — Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 10 S. 8, Bd. 16 S. 278.

brechen, sondern auch Vergehen — nämlich Preßvergehen — aburteilen.

Es fehlt also jeder einheitliche juristische Gesichtspunkt, durch welchen die gesetzliche Dreiteilung gerechtfertigt werden könnte. Die Gruppierung der strafbaren Handlungen in drei verschiedene Klassen beruht nicht auf Begriffsmerkmalen, sondern auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Die Bezeichnungen „Verbrechen", „Vergehen" und „Übertretungen" haben keinen inneren Wert, sondern nur eine ganz äußerliche Bedeutung: Sie sind gemeinsame Namen für eine Reihe willkürlich zusammengewürfelter Paragraphen und Handlungen, um die Verweisung auf diese Paragraphen und Handlungen zu erleichtern. Dies ist ausdrücklich anerkannt in den Materialien zum preußischen St.G.B. von 1851: „Die Frage über die dreigliedrige Einteilung der strafbaren Handlungen ist vorzugsweise eine formelle. Sie wird durch die Regelung der judiziellen Kompetenz bedingt. In dem inneren Wesen der strafbaren Handlungen läßt sie sich, wenigstens auf natürlichem Wege, nicht begründen. Denn es wird schwer gelingen, eine durch die innere Natur, durch die Moralität, ja auch nur durch die Forderungen des Staates gebotene Klassifizierung der strafbaren Handlungen herzustellen und sie im System konsequent durchzuführen[7])." In den Motiven zum Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuchs wird die Dreiteilung als eine „wesentliche Beihilfe für eine einfachere redaktionelle Behandlung des Entwurfs" bezeichnet. In den genannten Motiven heißt es ferner: „Die Dreiteilung bietet einen erheblichen Nutzen durch die mit ihr gewährte Erleichterung in der Gruppierung der einzelnen strafbaren Handlungen und in der übersichtlichen Behandlung derselben bei der Durchführung der allgemeinen Prinzipien des Entwurfs"[8]). Auch der Bundeskommissar Dr. Friedberg hat in der Reichstagssitzung vom 23. Mai 1870 erklärt, die Dreiteilung im Entwurf des norddeutschen St.G.B. sei eigentlich „nichts andres als ein redaktionelles Hilfsmittel, um die Formulierung des Gesetzes klarer und einfacher gestalten zu können"[9]).

---

[7]) Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Teil I (1851) S. 47.

[8]) Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, I. Leg.-Periode, Session 1870, Bd. III S. 31.

[9]) Reichstagsverhandlungen vom 23. Mai 1870, Sten. Ber. S. 1127.

Die Dreiteilung ist also wissenschaftlich wertlos, sie ist auch praktisch überflüssig und entbehrlich, sobald irgend eine andre Einteilung gefunden wird, welche dieselbe Möglichkeit gewährt, größere Gruppen von Gesetzesparagraphen unter einheitlichen Bezeichnungen zu bilden.

II.

Schon vielfach ist versucht worden, die rein formale Dreiteilung des bisherigen Rechts durch eine neue, materiell begründete Einteilung der strafbaren Handlungen zu ersetzen. Bei diesen Versuchen wird dem kriminellen Unrecht das polizeiliche Unrecht gegenübergestellt; allein über die Bedeutung beider Begriffe bestehen sehr verschiedene Ansichten:

1. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche eine Rechtsverletzung enthalten; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, bei welchen keine Rechtsverletzung vorliegt[10]). Diese Ansicht, welche in den bayerischen Strafgesetzbüchern von 1813 und 1861 verwertet worden ist, erscheint jedoch unhaltbar.

Unter Rechtsverletzung kann sowohl eine Verletzung der objektiven Rechtsordnung als eine Verletzung subjektiver Rechte verstanden werden. Eine Verletzung der objektiven Rechtsordnung liegt bei allen strafbaren Handlungen gleichmäßig vor. Dagegen kann bei vielen großen und kleinen Delikten von einer Verletzung subjektiver Rechte keine Rede sein. Welches subjektive Recht wird z. B. bei der Blutschande (§ 173 St.G.B.) oder bei der Päderastie (§ 175) verletzt, wenn die sämtlichen Beteiligten großjährig sind und in den Vorgang einwilligen? Welches subjektive Recht wird ferner verletzt bei der Kuppelei (§ 180), bei der Zuhälterei (§ 181a), bei der Abtreibung (§ 218), bei der Brandstiftung an der eignen Sache (§ 308), bei den Religionsdelikten (§ 166 St.G.B.)? Sollen alle diese verschiedenartigen Verbrechen und Vergehen, welche teilweise mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren (§§ 219, 308), mit Festung bis zu fünfzehn Jahren (§ 206), mit Zulässigkeit von Polizeiaufsicht, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Überweisung an die

---

[10]) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. (herausgegeben von Mittermaier 1847) § 432 S. 703.

Vgl. auch Rosin in Frhr. v. Stengels: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. II (1890) S. 277 unter „Polizeiaufsicht"; Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. (1888) § 4 S. 39.

Landespolizeibehörde (§ 181a) bedroht sind, in dieselbe Kategorie von strafbaren Handlungen fallen, wie die Übertretung einer Lokalpolizeiverordnung? In diesem Falle würde es ganz unmöglich sein, gemeinsame Grundsätze für die Bestrafung und Verfolgung der Polizeidelikte aufzustellen; die erwähnte Einteilung wäre also vollständig unbrauchbar.

2. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche Rechtsgüter *verletzen*; Polizeiunrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche Rechtsgüter *gefährden*[11]). Wenn diese Ansicht richtig wäre, so müßten der vollendete Mord, Raub, Diebstahl und Betrug kriminelle Delikte, der versuchte Mord, Raub, Diebstahl und Betrug dagegen polizeiliche Delikte sein, denn alle Versuchshandlungen sind Gefährdungsdelikte; der kriminalpolitische Grund für die Bestrafung des Versuchs ist die Gefährlichkeit der Versuchshandlung[12]). Eine solche willkürliche Zerreißung zusammengehöriger Tatbestände kann natürlich weder einen theoretischen noch einen praktischen Wert haben.

3. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche *konkrete* Rechtsgüter verletzen oder gefährden; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche nur eine *generelle* oder *abstrakte* Gefährdung von Rechtsgütern enthalten[13]). Nach dieser Theorie würden u. a. manche Verbrechen gegen das Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 zum Polizeiunrecht gehören. § 6 des genannten Gesetzes z. B. bedroht mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren die Verbindung mehrerer Personen zur fortgesetzten Begehung gewisser gemeingefährlicher Handlungen, auch wenn diese Handlungen *im einzelnen noch nicht bestimmt* sind. Es ist nicht zu verstehen, welchen wissenschaftlichen oder praktischen Zweck es haben soll, aus schweren Verbrechen gegen das Sprengstoffgesetz und kleinen Übertretungen zusammen eine besondere Gruppe von strafbaren Handlungen unter dem gemeinsamen Namen „Polizeiunrecht" zu bilden.

---

[11]) *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts (1855) § 18 S. 17. Vgl. ferner die Literaturnachweise bei *Hugo Meyer*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. S. 39 Anm. 38.

[12]) Z Bd. 20 S. 696.

[13]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 17 S. 304; ferner die Literaturnachweise bei *Guderian*, Kriminelles und polizeiliches Unrecht in der Z XXI (1901) S. 862—863.

4. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche eine Verletzung oder Gefährdung bestimmter Rechtsgüter enthalten; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche in dem reinen oder einfachen Ungehorsam gegen staatliche Vorschriften bestehen. Diese Ansicht wird zwar von Binding[14]), Merkel[15]), v. Liszt[16]), Olshausen[17]) und andern berühmten Kriminalisten[18]) gebilligt; dennoch kann dieselbe nicht für richtig erachtet werden. Zunächst ist es völlig unlogisch, einen begrifflichen Gegensatz zu konstruieren zwischen der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern und zwischen dem Ungehorsam gegen staatliche Vorschriften. Jede Rechtsgüterverletzung im strafrechtlichen Sinne enthält zugleich einen formellen Ungehorsam gegen staatliche Vorschriften; jede Rechtsgütergefährdung im strafrechtlichen Sinne enthält ebenfalls einen Ungehorsam gegen staatliche Vorschriften. Der Ungehorsam gegen staatliche Vorschriften ist also das gemeinsame Merkmal, welches bei allen Arten des kriminellen und des polizeilichen Unrechts in gleicher Weise vorhanden ist. Durch Beifügung der Prädikate „rein", „einfach" usw. zu dem Begriff „Ungehorsam" wird der Unterschied zwischen dem kriminellen und dem polizeilichen Unrecht gleichfalls nicht näher bestimmt. Den Gegensatz zu dem reinen Ungehorsam[19]), dem einfachen Ungehorsam[20]) und dem „Ungehorsam schlechthin"[21]) kann doch nur der qualifizierte Ungehorsam bilden. Worin soll nun diese besondere Qualifikation des Ungehorsams bei Verbrechen und Vergehen bestehen? In allen Fällen des Ungehorsams gegen staatliche Vorschriften handelt es sich um genau dasselbe, nämlich um die schuldhafte Übertretung staatlicher Normen, staatlicher Gebote und Verbote. Der Unterschied zwischen dem kriminellen und dem polizeilichen Unrecht kann also nicht in der verschiedenen Willensrichtung des Täters, sondern

---

[14]) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I (1872) S. 204.

[15]) Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889) S. 45—46.

[16]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. (1902) S. 119.

[17]) Olshausen, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 6. Aufl. (1900) Bd. I S. 37.

[18]) Vgl. die Literaturnachweise bei Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, S. 456 Anm. 53.

[19]) Binding, Normen, Bd. I S. 204.

[20]) v. Liszt, Lehrb., S. 119.

[21]) Olshausen, Kommentar, Bd. I S. 37.

höchstens in der verschiedenen Willensrichtung des Gesetzgebers gesucht werden.

In denjenigen Fällen nun, in welchen die herrschende Ansicht einfachen Ungehorsam gegen staatliche Gebote oder Verbote annimmt, hat der Gesetzgeber diese Vorschriften doch nicht zu seinem Vergnügen erlassen. Die fraglichen Vorschriften haben ebenfalls den Zweck, eine Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern zu verhüten. Die Gefahr, welche verhütet werden soll, ist jedoch bei den Ungehorsamsdelikten vielfach nicht so naheliegend, wie bei den Verletzungs- und Gefährdungsdelikten; auch ist das gefährdete Rechtsgut bei den Ungehorsamsdelikten häufig nicht so genau bestimmt wie bei den übrigen Delikten. In der Regel also liegt bei dem kriminellen Unrecht eine unmittelbare Gefährdung speziell bestimmter Rechtsgüter, bei dem polizeilichen Unrecht eine mittelbare Gefährdung generell bestimmter Rechtsgüter vor. Zwischen mittelbarer und unmittelbarer, spezieller und genereller, konkreter und abstrakter Gefährdung von Rechtsgütern gibt es nun zahlreiche Übergangsstufen, bei denen es zweifelhaft sein kann, welcher Kategorie dieselben angehören[22]). Von der erwähnten Regel gibt es ferner Ausnahmen. Bei manchen Übertretungen, welche zu den Ungehorsamsdelikten gerechnet werden, gehört die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts ausdrücklich zum Tatbestande der strafbaren Handlung. § 368 Z. 6 St.G.B. bedroht z. B. denjenigen mit Strafe, der an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Heiden oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet. Nach Ziffer 7 desselben Paragraphen wird bestraft, „wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schießt oder Feuerwerke abbrennt". Die Unterscheidung zwischen Ungehorsamsdelikten und Verletzungs- oder Gefährdungsdelikten ist also nicht geeignet, eine feste, sichere und bestimmte Grundlage für die Einteilung der strafbaren Handlungen zu bilden.

5. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Handlungen sein, welche an sich unerlaubt sind; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Handlungen sein, welche an sich erlaubt, aber durch das

---

[22]) Hermann Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland (1902) S. 23—24.

positive Recht aus Nützlichkeitsgründen verboten sind[23]). Diese Theorie ist noch im neuen niederländischen Strafgesetzbuch zur Begründung der Zweiteilung verwertet worden. Dasselbe unterscheidet Rechtsdelikte und Gesetzesdelikte; erstere werden definiert als strafbare Handlungen gegen natürliches Recht, letztere als Handlungen, deren Strafbarkeit auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzgebers beruht[24]). Es gibt indessen kein natürliches Recht, kein „jus quod natura omnia animalia docuit". Alles Recht ist vom Staate abhängig; jeder Rechtssatz gilt nur insoweit, als er vom Staate anerkannt und geschützt wird. Wenn ein natürliches Recht nicht existiert, so kann auch ein natürliches Unrecht nicht existieren.

6. Kriminelles Unrecht soll das moralisch verwerfliche Unrecht sein; polizeiliches Unrecht soll das moralisch indifferente Unrecht sein[25]). Auch diese Einteilung ist nicht richtig. Es gibt zahlreiche Handlungen, welche kriminell strafbar und doch nicht unmoralisch sind. Charlotte Corday beging ein kriminelles, aber kein moralisches Unrecht, als sie 1793 Marat, den Führer des Pariser Pöbels, tötete, um weitere Schandtaten dieses gemeingefährlichen Menschen, welcher offen zur Vertilgung aller politischen Gegner aufgefordert hatte, zu verhüten. Im Jahre 1806 brach unter der preußischen Garnison von Küstrin eine Meuterei aus, als der feige und kopflose Kommandant die Festung ohne Schwertstreich den Franzosen übergab. Vom juristischen Standpunkt aus verübten die Meuterer ein schweres Verbrechen; vom moralischen Standpunkt aus war ihre Handlungsweise nur lobenswert. Oberst von Dörnberg machte sich formell des Hochverrats schuldig, als er 1809 im Königreich Westfalen einen Aufstandsversuch wagte; kein Deutscher wird sein Verhalten als moralisch verwerflich bezeichnen wollen!

7. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, bei welchen die Strafe eine Sühne der begangenen Tat darstellt; po-

---

[23]) Vgl. die Literaturnachweise bei Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I (1872) S. 181 Anm. 306.

[24]) v. Liszt, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. I (1894) S. 193.

[25]) Chauveau-Hélie, Théorie du code pénal, Bd. I (1872) Nr. 20 S. 36; Dalloz, Jurisprudence générale, Bd. 14 (1853), V. Contravention, Nr. 1 S. 131, ferner die Literatur bei Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht. S. 439 Anm. 16.

lizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, bei welchen die Strafe ein Zwangsmittel bildet[26]). Wäre diese Ansicht zutreffend, so müßten alle Disziplinarvergehen zum polizeilichen Unrecht gehören. Nach allgemeiner Ansicht ist die Disziplinarstrafe ein Zwangsmittel, um Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses zu erhalten, sowie um die Erfüllung der Dienstpflichten zu sichern[27]). Diese Disziplinarstrafe nun, welche ja auch in Geldstrafe und Verweis bestehen kann, ist zweifellos keine Strafe im Sinne des Strafgesetzbuchs; der Grundsatz, ne bis in idem, kommt bei ihr nicht zur Anwendung[28]).

8. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche Rechtsgüter beeinträchtigen; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche die gute Ordnung des Gemeinwesens stören[29]). Ein logischer Gegensatz zwischen „Rechtsgut" und „guter Ordnung des Gemeinwesens" ist indessen gar nicht vorhanden, wie bereits Rosenfeld mit Recht hervorgehoben hat[30]). Jedes Rechtsgut ist ein rechtlich geschütztes Interesse[31]); die rechtlich geschützten Interessen der Gesamtheit sind identisch mit der guten Ordnung des Gemeinwesens. Bei manchen Delikten ferner — z. B. bei der Gotteslästerung (§ 166), bei der Beschimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189), bei der unbefugten Ausübung eines öffentlichen Amtes (§ 132), bei der öffentlichen Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze, rechtsgültige Verordnungen und Anordnungen der Obrigkeit (§ 110), bei der Blutschande, Päderastie, Sodomie, Kuppelei, Zuhälterei und Abtreibung — bleibt es völlig unklar, ob diese Handlungen als Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens anzusehen sind oder nicht.

9. Kriminelles Unrecht sollen die Rechtsdelikte sein; das polizeiliche Unrecht soll eine Unterabteilung der Verwaltungs-

---

[26]) Klöppel, Reichspreßrecht (1894) S. 252. Vgl. die Widerlegung dieser Ansicht durch Frank, Mitt. der J.K.V. Bd. VII S. 188.

[27]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl. (1901) Bd. I S. 454—455.

[28]) § 78 des Reichsbeamtengesetzes.

[29]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895) Bd. I S. 319; Frank, auf der Münchener Landesversammlung der J.K.V. vom 2. Juni 1898, (Mitt. der J.K.V. Bd. VII (1899) S. 191).

[30]) Mitt. der J.K.V. Bd. VII S. 200.

[31]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl. (1902) S. 53.

delikte bilden[32]). Zwischen beiden Arten von Delikten soll folgender Unterschied bestehen: „Während das Rechtsdelikt (Verbrechen) immer neben dem formellen Element, der Rechtswidrigkeit, ein materielles, die Rechtsgüterbeeinträchtigung aufweist, enthält das Verwaltungsdelikt immer nur ein formelles Element, die Verwaltungs- oder insbesondere jetzt die Verwaltungsvorschrifts-Widrigkeit[33])." Die Gesamtheit der Rechtsdelikte soll das eigentliche Strafrecht oder Verfassungsstrafrecht, die Gesamtheit der Verwaltungsdelikte das Verwaltungsstrafrecht bilden[34]); letzteres soll ein „von der Verwaltung erzeugtes" Recht sein[35]). Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Delikten entspricht der Unterscheidung zwischen einfachem Ungehorsam und Rechtsgüterverletzung oder -Gefährdung, welche bereits früher abgelehnt wurde. Zu den Verwaltungsdelikten sollen auch die Zoll- und Steuerdelikte gehören[36]). Da die Rechtssätze über diese Delikte aber zum größten Teil vom Gesetzgeber selbst „erzeugt" sind, so paßt die Definition des Verwaltungsstrafrechts als eines von der Verwaltung erzeugten Rechts auf dieselben nicht.

10. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, welche Äußerungen eines abnorm psychischen Zustands, einer schlechten oder verbrecherischen Gesinnung sind; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Handlungen sein, welche keinen Schluß auf die Gesinnung des Täters gestatten[37]). Nach der Theorie von Reichard sollen zum kriminellen Unrecht sogar diejenigen Delikte gehören, welche bloß den Verdacht erregen, daß der Verbrecher einen abnormen, gemeingefährlichen Charakter habe[38]). Letztere Ansicht ist schon deshalb unhaltbar, weil sie nicht auf Tatsachen, sondern auf Vermutungen gegründet ist. Im übrigen haben die Theorieen von Poustoroslew und Reichard denselben Fehler: die von ihnen

---

[32]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 S. 31 Anm. 9; Dr. James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht (1902) S. 577, 585; ferner, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts (Deutsche Juristenzeitung vom 1. Mai 1902 Nr. 9 S. 212, auch als selbständige Schrift 1902 erschienen).

[33]) Deutsche Juristenzeitung (1902) S. 214.

[34]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 553, 556.

[35]) Deutsche Juristenzeitung (1902) S. 213.

[36]) Juristenzeitung a. O. S. 214.

[37]) Poustoroslew in Mitt. der J.K.V. Bd. VIII (1899) S. 78, 88, 89.

[38]) Reichard in Mitt. der J.K.V. Bd. VIII S. 96, 108, 298.

vorgeschlagene Einteilung bezieht sich gar nicht auf die Delikte, sondern auf die Delinquenten, nicht auf die Tatbestände, sondern auf die Täter.

11. Kriminelles Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, bei welchen entweder dolus oder culpa zur Bestrafung notwendig ist; polizeiliches Unrecht sollen diejenigen Delikte sein, bei welchen weder dolus noch culpa zur Bestrafung nötig ist. Von den französischen Juristen wird allgemein angenommen, daß bei Polizeidelikten schon der Nachweis des objektiven Tatbestandes genüge[39]). In Deutschland haben das preußische Obertribunal[40]) und andre Obergerichte[41]) wiederholt den gleichen Standpunkt vertreten. Das Deutsche Reichsgericht hat ferner anerkannt, daß bei einzelnen Zoll- und Steuerdelikten[42]) sowie bei dem Polizeidelikt des einfachen Bankerotts[43]) eine Bestrafung auch ohne Verschulden des Täters möglich sei; Klöppel will diesen vom Reichsgericht sanktionierten Grundsatz auf das ganze Gebiet der Polizeidelikte ausdehnen[44]). Die Ansicht des Reichsgerichts hat jedoch in der Literatur lebhaften Widerspruch gefunden. Binding[45]), Lucas[46]), Otto Mayer[47]), Hermann Seuffert[48]), James Goldschmidt[49]) und andre haben mit Recht geltend gemacht, daß die vom Reichsgericht erwähnten Vorschriften der Zoll- und Steuergesetze lediglich Schuldpräsumtionen enthielten; jedenfalls liegt kein Grund vor, die besondern Bestimmungen, welche für Zoll- und Steuerdelikte erlassen sind, auch auf Polizeidelikte anzuwenden. Noch viel weniger ist es gerechtfertigt, de lege ferenda die Forderung aufzustellen,

[39]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts (1886) S. 184—186; Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 320.

[40]) Loos in v. Holtzendorffs Allgemeiner deutscher Strafrechtszeitung, Bd. 10 (1870) S. 323. Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht (1883) S. 126—130.

[41]) Vgl. die Citate bei Binding, Normen, Bd. II S. 616 Anmerkung und Bd. I S. 183 Anm. 308.

[42]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 7 S. 240, Bd. 14 S. 149, Bd. 21 S. 260, Bd. 30 S. 363, Bd. 35 S. 311.

[43]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 4 S. 418, Bd. 5 S. 410.

[44]) Klöppel, Das Reichspreßrecht (1894) S. 253.

[45]) Binding, Normen, Bd. II § 75 S. 613.

[46]) Lucas, Die subjektive Verschuldung, S. 135.

[47]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 451.

[48]) Seuffert, Mitt. der J.K.V., Bd. IX S. 115.

[49]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 423 und Anm. 64.

daß zur Bestrafung der Polizeidelikte der objektive Tatbestand genügen solle[50]). Die Anerkennung dieses Grundsatzes durch den Gesetzgeber müßte logischerweise dazu führen, alle unzurechnungsfähigen Personen — Kinder, Geisteskranke, Bewußtlose — wegen Verübung von Polizeidelikten zu bestrafen. Das künftige Strafgesetzbuch würde also einen Rückfall in die Barbarei vergangener Jahrtausende enthalten!

Wenn zum Tatbestand der Polizeidelikte ein Verschulden gehört, so muß auch § 59 St.G.B. auf Polizeidelikte Anwendung finden. Der nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Irrtum über Tatsachen sowie über Rechtssätze, welche einem andern Rechtsgebiet als dem des Strafrechts angehören, muß also die Bestrafung ausschließen. Das Reichsgericht hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß der Grundsatz des § 59 St.G.B. auch für Polizeidelikte gilt[51]). Bei einem Lotterievergehen ist entschieden worden, daß der Irrtum über die Gültigkeit der von einer unzuständigen Behörde erteilten Erlaubnis Straflosigkeit begründe[52]). Bei einem Vergehen gegen das Sprengstoffgesetz wurde der Irrtum über die Existenz einer polizeilichen Erlaubnis gleichfalls für erheblich erklärt[53]); bei einem Vergehen gegen das Sozialistengesetz wurde ferner anerkannt, daß auch der Irrtum über den Inhalt einer polizeilichen Verfügung einen Strafausschließungsgrund bilde[54]). Von dem erwähnten Grundsatz, daß § 59 St.G.B. auf alle strafbaren Handlungen, einschließlich der Polizeidelikte, Anwendung finde, macht das Reichsgericht indessen eine Ausnahme: Bei den „Formaldelikten", d. h. bei denjenigen Delikten, bei welchen das Gesetz die Strafbarkeit lediglich von dem Nachweis des objektiven Tatbestandes abhängig macht, soll ein Irrtum des Täters über die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung bedeutungslos sein[55]). Zu den Formaldelikten rechnete das Reichsgericht früher den einfachen Bankerott; ein Irrtum des Schuldners über seine handelsrechtliche Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung sollte auf die

---

[50]) v. Liszt, Lehrbuch (11. Aufl.) § 36 S. 140 Anm. 6.

[51]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 2 S. 322, Bd. 12 S. 432, Bd. 29 S. 74.

[52]) Entsch. Bd. 3 S. 49.

[53]) Entsch. Bd. 12 S. 432.

[54]) Entsch. Bd. 6 S. 88.

[55]) Entsch. Bd. 29 S. 74.

Strafbarkeit keinen Einfluß haben[56]). Durch Urteil vom 9. Januar 1886 haben jedoch die vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts anerkannt, daß der einfache Bankerott kein Formaldelikt ist, sondern ein Verschulden voraussetzt[57]); hieraus folgt mit logischer Notwendigkeit, daß der nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Irrtum des Schuldners über seine handelsrechtliche Verpflichtung zur Buchführung und Bilanzziehung die Strafbarkeit ausschließt.

In der gerichtlichen Praxis haben die vom Reichsgericht aufgestellten Grundsätze über die Bestrafung der Polizeidelikte noch nicht genügende Beachtung gefunden; die große Mehrzahl der Untergerichte hält an der veralteten Ansicht fest, daß der objektive Tatbestand eines Polizeidelikts zur Bestrafung ausreiche oder wenigstens eine Schuldpräsumtion begründe, von der kein Wort im Strafgesetzbuch steht.

Jede nähere Prüfung der Frage, ob ein begrifflicher Unterschied zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht existiert und in welchen Merkmalen dieser Unterschied zu finden ist, wird durch die Tatsache erschwert, daß eine feste, allgemein anerkannte Grenze für das Gebiet der Polizeidelikte nicht besteht. Kein einziger Schriftsteller spricht sich in klarer, vollständiger und erschöpfender Weise darüber aus, welche Delikte er zum kriminellen Unrecht und welche Delikte er zum polizeilichen Unrecht zählt[58]).

Feuerbach z. B. rechnet zur Klasse der Polizeidelikte alle Fleischesverbrechen[59]), Frank das Verbrechen des § 322[60]), Binding die Vergehen der §§ 139 und 180 St.G.B.[61]). Um sicheren Boden für eine genaue Begriffsbestimmung des kriminellen und des polizeilichen Unrechts zu gewinnen, muß man diejenigen Delikte untersuchen, welche in der ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte als polizeiliches Unrecht anerkannt sind. Bei näherer Be-

---

[56]) Entsch. Bd. 5 S. 410, Bd. 8 S. 149.

[57]) Entsch. Bd. 13 S. 242, vgl. ferner Entsch. Bd. 13 S. 358, Bd. 16 S. 272.

[58]) Vgl. Rosenfeld auf der Versammlung der J.K.V. in München 1898 (Mitt. der J.K.V. Bd. VII S. 199) und Aschrott auf der Versammlung in Budapest 1899 (Mitt. der J.K.V. Bd. VIII S. 337—338.

[59]) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts, 14. Aufl. §§ 449, 450 S. 719—722.

[60]) Reinhard Frank, Studien zum Polizeistrafrecht (Gießener Universitätsprogramm 1897) S. 19.

[61]) Binding, Normen, Bd. II S. 618.

trachtung dieser Fälle ergibt sich nun, daß die Gerichte, wenn sie eine strafbare Handlung als Polizeidelikt bezeichnen, niemals prüfen, ob die Handlung einen Verstoß gegen das Sittengesetz, gegen das Naturrecht oder gegen die gute Ordnung des Gemeinwesens enthält. Die Gerichte untersuchen auch nicht, ob die strafbare Handlung ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet; sie fragen einzig und allein: „Wollte der Gesetzgeber nur die vorsätzliche Handlung oder auch die fahrlässige Handlung mit Strafe bedrohen?" In allen Fällen, in welchen der Gesetzgeber bei der Strafandrohung keinen Unterschied zwischen dolus und culpa macht, liegt zweifellos polizeiliches Unrecht vor[62]); bestritten und zweifelhaft ist nur, ob in allen Fällen, in welchen der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen dolus und culpa macht, kriminelles Unrecht vorliegt, ob also die Gleichstellung von dolus und culpa ein essentiale oder ein naturale der Polizeidelikte ist. Rosenfeld z. B. erklärt die Vergehen der §§ 327 und 329 St.G.B., welche Vorsatz erfordern, für eine Mischform von kriminellem und polizeilichem Unrecht[63]).

Das einzige Merkmal nun, welches im positiven Recht das polizeiliche Unrecht von dem kriminellen unterscheidet, ist de lege ferenda durchaus unberechtigt und verwerflich. Der Fabrikant, welcher ausdrücklich bestimmt, daß in seinem Betriebe dreizehnjährige Kinder länger als sechs Stunden täglich arbeiten müssen, verdient nicht bloß eine höhere, sondern eine ganz andre Strafe als der Fabrikant, welcher im Vertrauen auf die Zuverlässigkeit seiner Angestellten es versäumt, sich um die Arbeitszeit der fraglichen Kinder persönlich zu kümmern[64]). Der Direktor einer Bleizuckerfabrik, der sich weigert, seinen Arbeitern die vorgeschriebenen Arbeitskleider, Respiratoren, Mundschwämme und Handschuhe zu liefern, muß ganz anders bestraft werden als der Direktor, der aus Unwissenheit es unterläßt, die Anordnungen des Bundesrats zu befolgen[65]). Es ist absolut unverständlich, weshalb gerade bei den

---

[62]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 2 S. 321, Bd. 4 S. 308, Bd. 11 S. 304, Bd. 22 S. 43, Bd. 24 S. 399, Bd. 25 S. 243, Bd. 27 S. 33.

[63]) Mitt. der J.K.V. Bd. VII S. 203.

[64]) Gewerbeordnung § 135.

[65]) Verordnung des Bundesrats vom 8. Juli 1893 (Reichs-Gesetzblatt von 1893 S. 213).

Polizeidelikten dolus und culpa mit der gleichen Strafart und dem gleichen Strafmaß bedroht sind, während bei allen übrigen Delikten für die Bestrafung doloser und kulposer Handlungen ganz verschiedene Grundsätze gelten.

Die vorstehenden Ausführungen haben also ergeben, daß alle Versuche, einen begrifflichen Unterschied zwischen Kriminalunrecht und Polizeiunrecht zu finden, vergeblich gewesen sind, und daß der einzige Unterschied, welchen das positive Recht zwischen beiden Arten des strafbaren Unrechts macht, kriminalpolitisch nicht begründet werden kann. Mit Recht sagen daher die Motive zum Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuchs: „Vergeblich ist von den Rechtsschulen des Mittelalters bis herab auf unsre Zeit trotz der Vorliebe, welche man der Erörterung dieser Frage gewidmet hat, der Versuch gemacht worden, die Grenzlinien zwischen dem kriminell und polizeilich Strafbaren zu finden. Auch in der neuesten Zeit, in welcher die Erörterung wiederum aufgenommen und nicht ohne Aufwand an Scharfsinn fortgeführt worden, ist es nicht gelungen, jenen — nach Köstlins Ausdrucke — die Juristen in Verzweiflung setzenden Unterschied mit Sicherheit und Gleichmäßigkeit durchzuführen“[66]).

III.

Eine richtige Einteilung der strafbaren Handlungen ist erst dann möglich, wenn genau feststeht, welche Delikte den Gegenstand der Einteilung bilden sollen. Die strafbaren Handlungen können Zuwiderhandlungen gegen gemeines oder partikuläres Strafrecht sein; die Einteilung der strafbaren Handlungen kann sich auf beide Klassen von Zuwiderhandlungen oder nur auf eine derselben beziehen. Die Reichsgesetzgebung hat nach Art. 4 Ziff. 3 der Reichsverfassung die Aufgabe, das „gemeinsame“ Strafrecht zu regeln; die Regelung des partikulären Strafrechts bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. Es ist also formell zulässig und auch sachlich durchaus begründet, für die Bestrafung der Zuwiderhandlungen gegen gemeines und partikuläres Strafrecht verschiedene Grundsätze aufzustellen. Das gemeine Strafrecht schützt die allgemeinen nationalen Interessen; dasselbe ist daher überall, im ganzen Reichsgebiet, bekannt; seine Kenntnis ist jedem Staatsbürger leicht zu-

[66]) Verhandlungen des Norddeutschen Reichstags I. Leg.-Periode, Session 1870 Bd. III (Anlagen) Aktenstück Nr. 5 S. 87.

gänglich. Das partikuläre Strafrecht schützt besondere, lokale Interessen; dasselbe ist nur innerhalb kleiner Bezirke und Personenkreise bekannt. Kein Mensch vermag die ungeheure Menge partikulärer Delikte, welche in einzelnen Gemeinden, Kreisen, Bezirken, Provinzen oder Staaten mit Strafe bedroht sind, überhaupt in seinem Gedächtnis zu behalten. Vielfach ist es sogar unmöglich, die Existenz dieser partikulären Vorschriften zu ahnen, da ein großer Teil derselben ganz unschädliche und gleichgültige, ja sogar vernünftige und nützliche Handlungen mit Strafe bedroht. Wenn z. B. eine Straßburger Ortspolizeiverordnung vom 8. November 1869 unter Ziff. 28 den Eltern verbietet, ihre Kinder auf öffentlicher Straße spielen und umherlaufen zu lassen, so wird kein Offizier oder Beamter, der von Königsberg oder Berlin nach Straßburg versetzt wird, das Bestehen einer so unerhörten Beschränkung der persönlichen Freiheit auch nur vermuten können. Ein andrer Teil der partikulären Vorschriften hat nur wenige Stunden, Tage oder Wochen Geltung, z. B. das Verbot, einen bestimmten Bezirk während einer Parade, einer Schießübung oder einer ansteckenden Krankheit zu betreten, so daß schon aus diesem Grunde die Kenntnis der fraglichen Vorschriften sich nicht in weiteren Kreisen verbreiten kann. Für einen Fremden ist es ferner außerordentlich schwierig und zeitraubend, sich die Kenntnis partikulärer Vorschriften zu verschaffen. Ein Radfahrer z. B., der an einem Nachmittag 20 Ortschaften durchfährt, kann nicht wissen, welche Straßen, Plätze und Brücken in diesen Ortschaften für Radfahrer verboten sind. Er kann eine genaue und sichere Kenntnis der 20 ortspolizeilichen Verbote häufig nur durch lange Studien in den 20 Gemeindearchiven erwerben, denn in kleinen Orten werden die Polizeiverordnungen regelmäßig nicht gesammelt, durch den Druck vervielfältigt und öffentlich verkauft, sondern von Fall zu Fall niedergeschrieben und von dem Polizeidiener durch Ausrufen bekannt gemacht. Wie soll ein Beamter, der aus einer großen Stadt in ein weit entferntes, kleines Dorf versetzt wird, wissen oder vermuten, daß vor fünfzig Jahren einmal ein eifriger Bürgermeister dieses Dorfes unter Trommelschall verkünden ließ, die Dorfbewohner müßten an bestimmten Wochentagen und zu bestimmten Tagesstunden die Dorfstraße vor ihren Häusern kehren? Mir ist sogar eine Staatsbehörde bekannt, welche als Rechtsquelle für alte Ortspolizeiverordnungen einer großen Stadt das — Adreßbuch benutzt, in welchem am

Schlusse ein Auszug aus verschiedenen Polizeiverordnungen sich befindet! Der amtliche Text dieser Verordnungen ist bei der fraglichen Behörde verloren gegangen. Zu allen diesen Schwierigkeiten kommt noch der weitere Umstand, daß zahlreiche Lokalpolizeiverordnungen sehr ungeschickt, unklar und zweideutig redigiert sind. Motive, stenographische Berichte über Vorverhandlungen, Kommentare und ähnliche Eselsbrücken gibt es bei Orts- und Bezirkspolizeiverordnungen in der Regel nicht; es ist daher in manchen Fällen auch für Juristen schwierig, den richtigen Sinn einer undeutlich formulierten Polizeiverordnung zu ermitteln. Entstehen über die Bedeutung einer solchen Polizeiverordnung Zweifel, so greift die Polizeibehörde vielfach nicht zu dem naheliegenden Mittel, eine authentische Interpretation ihrer eignen Verordnung zu veröffentlichen, sondern sie zieht es vor, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. An manchen Brücken z. B., die für Fußgänger bestimmt sind, befindet sich eine von der Polizeibehörde angebrachte Tafel: „Verboten für Fuhrwerk und Reiter." Wenn nun Radfahrer über die Brücke fahren und die Polizeibehörde dies verhindern will, so ändert sie nicht etwa die Inschrift auf der Tafel, sondern sie erstattet Strafanzeige. Drei Gerichte müssen sodann die wichtige Frage entscheiden, ob im Sinne des polizeilichen Verbots das Fahrrad ein Fuhrwerk oder der Radfahrer ein Stahlroßreiter ist! Die Strafkammer ist häufig in solchen Fällen andrer Ansicht als das Schöffengericht; das Oberlandesgericht ist wieder andrer Ansicht als die Strafkammer. Der unglückliche Radfahrer, der nicht im voraus geahnt hat, welches Gericht in letzter Instanz urteilen wird und welcher Meinung die letzte Instanz den Vorzug geben wird, kann sehr leicht für seine Ahnungslosigkeit bestraft und mit den Kosten dreier Instanzen belastet werden! Die Präsumtion, von der unsre moderne Strafgesetzgebung ausgeht, daß jeder Staatsbürger alle strafrechtlichen Vorschriften kennen müsse, ist bei partikulären Strafbestimmungen, insbesondere bei Lokalpolizeiverordnungen, ein Unsinn, weil es keinen einzigen Staatsbürger — auch keinen Schutzmann, Gendarmen, Staatsanwalt oder Polizeipräsidenten — gibt, bei dem diese Präsumtion in vollem Umfange zutrifft. Es empfiehlt sich daher, wenigstens auf dem Gebiet des partikulären Strafrechts, wieder zu dem Grundsatz zurückzukehren, welchen die Verfasser des preußischen Allgemeinen Landrechts schon vor mehr als 100 Jahren aufgestellt haben: „Wenn vorher erlaubte oder als gleichgültig an-

zusehende Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten werden, soll der Übertreter mit dem Einwand, daß er ohne Vernachlässigung seiner Pflichten vor der vollbrachten Tat von dem Verbot nicht unterrichtet gewesen, gehört werden"[67]). Bei Übertretung partikulärer Strafgesetze soll also der Täter nur dann bestraft werden, wenn er das verletzte Strafgesetz kennen mußte oder wenigstens kennen konnte. Hat der Täter sich in einem entschuldbaren Irrtum über Existenz oder Tragweite partikulärer Gebote und Verbote befunden, so darf die Verwaltung die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage nicht im Wege des Strafprozesses vor dem Strafgericht, sondern nur im Wege der Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht herbeiführen. Mit Recht sagt Hermann Seuffert: „Gegen den gehorsamsgeneigten und gehorsamsgewöhnten Mann braucht nicht gleich der Dreschflegel der Strafe erhoben zu werden, wenn er gegenüber Polizei- und Verwaltungsbehörde im Recht gewesen zu sein geltend macht"[68]). Ein Beispiel soll diesen Satz näher erläutern: Die Zigarrenhändlerin X. in Straßburg ist eines Sonntags vormittags während der Sonntagsruhe in ihrem Laden mit schriftlichen Arbeiten beschäftigt. Um genügend Licht zu haben, zieht sie den Laden ihres Schaufensters in die Höhe; die Ladentür bleibt jedoch geschlossen. Die Polizei verlangt die Bestrafung der X., weil nach einem alten französischen Gesetz vom 18. November 1814 während der Sonntagsruhe die Läden der Schaufenster geschlossen bleiben müßten. Art. 2 Ziff. 1 dieses Gesetzes, welches gemäß § 41a Abs. 2 der Gewerbeordnung in Kraft geblieben ist, lautet: „Il est défendu, les dits jours, aux marchands, d'étaler et de vendre les ais et volets des boutiques ouverts." Streitig ist, ob die Worte étaler et vendre alternativ oder kumulativ zu verstehen sind, ob also das étaler allein strafbar ist oder nur dann, wenn es mit einem vendre verbunden ist. Warum muß über diese zweifelhafte Rechtsfrage das Strafgericht in der kränkenden Form des Anklageprozesses entscheiden? Warum soll nicht das Verwaltungsgericht in der üblichen Form des Parteiprozesses die Streitfrage entscheiden?

Es empfiehlt sich ferner, für das Gebiet des partikulären Strafrechts besondere Strafarten und besondere Strafmaße zuzulassen.

---

[67]) Allgemeines Landrecht. Einleitung § 13 vgl. auch Teil II Titel 20 § 11.
[68]) Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland (1902) S. 25.

Die zahlreichen Blankettstrafen, welche das Reichsstrafgesetzbuch für Übertretung partikulärer Gebote und Verbote androht[69]), sind nicht bloß gänzlich überflüssig, sondern direkt schädlich; sie hindern die Landesgesetzgebung, an Stelle der unbedingten Strafe eine bedingte, an Stelle der obligatorischen Subsidiärhaft eine fakultative, an Stelle der Geld- und Freiheitsstrafe andre Strafmittel zu setzen. Endlich empfiehlt es sich, für die Verfolgung partikulärer Delikte ein besonderes Verfahren zu gestatten. Es ist nicht notwendig, jede geringfügige Übertretung lokalpolizeilicher Vorschriften von Amtswegen zu verfolgen, wie dies § 152 Abs. 2 der St.P.O. gegenwärtig vorschreibt; vielmehr erscheint es zweckmäßig, den Grundsatz des § 416 St.P.O. auch auf Zuwiderhandlungen gegen Lokalpolizeiverordnungen auszudehnen[70]).

IV.

Im vorigen Abschnitt ist ausgeführt worden, daß die Reichsgesetzgebung sich darauf beschränken soll, für das Gebiet des gemeinen deutschen Strafrechts eine Einteilung der strafbaren Handlungen aufzustellen. Es entsteht nunmehr die Frage: „Mit welcher Strafart und mit welchem Strafmaß sollen die einzelnen strafbaren Handlungen bedroht werden?“ Bei Feststellung des Strafensystems kann der Gesetzgeber einen doppelten Maßstab anwenden. Er kann die Strafe bemessen nach einem objektiven Moment, nach der Größe des Erfolgs, und nach einem subjektiven Moment, nach der Größe der Schuld. Die Verfasser des deutschen Strafgesetzbuchs haben keinen dieser beiden Gesichtspunkte folgerichtig durchgeführt; sie haben bei Bestimmung der Strafart und des Strafmaßes bald den Erfolg der Tat, bald die Schuld des Täters für maßgebend erklärt. Der Erfolg der Handlung entscheidet z. B. in nachstehenden Fällen über die Art der Strafe: §§ 118, 221 Abs. 3, 224, 226, 227 Abs. 2, 229 Abs. 2, 239 Abs. 2 und 3, 315 Abs. 2, 321 Abs. 2 St.G.B. In andern Fällen ist die Höhe der Strafe von dem Erfolge der

---

[69]) Vgl. St.G.B. § 360 Z. 12, § 361 Z. 6 und 9, §§ 365, 366 Z. 1 u. 10, § 367 Z. 2, 3, 4, 5, 8, 9, 11, 13, 14, 15, § 368 Z. 1, 2, 3, 8, § 369 Z. 3.

[70]) Z XXII 55.

[71]) Vgl. den Vortrag von Seuffert auf der Straßburger Landesversammlung der J.K.V. vom 8. Juni 1900 (Mitteilungen der J.K.V. Bd. IX (1901) S. 117—122; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. (1902) § 36 S. 140; Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 5 S. 30—34.

Handlung abhängig. Beispiele bieten §§ 87, 154 Abs. 2, 178, 206, 220 Abs. 2, 251, 307 Ziff. 1, 312, 314, 322 Abs. 2, 324, 326, 327 Abs. 2, 328 Abs. 2 St.G.B. Dagegen entscheidet die Schwere der Schuld über die Art der Strafe, z. B. bei der Tötung (§§ 211, 212, 222), bei dem Meineid (§§ 153, 154, 163), bei der Brandstiftung (§§ 306, 308, 309), bei dem Kindesraub (§ 235) und bei der Entführung (§ 236 St.G.B.). Die Höhe der Strafe ist von der Schwere der Schuld abhängig, z. B. bei der Tötung im Zweikampf (§ 206), bei der schweren Körperverletzung (§§ 224, 225), bei der vorsätzlichen Brandstiftung (§ 307 Ziff. 2 und 3), bei dem Meineid (§ 157 St.G.B.). Es fragt sich nun, ob und in welcher Weise diese Systemlosigkeit des deutschen Strafgesetzbuchs beseitigt werden kann, ob der objektive Erfolg der Tat oder das subjektive Verschulden des Täters als Grundlage für ein neues Strafensystem dienen kann. Auf den objektiven Erfolg der Tat läßt sich eine systematische Einteilung der Strafarten nicht gründen. Der Tod eines Menschen z. B. kann bei sehr verschiedenartigen Delikten den objektiven Erfolg der Tat bilden: Bei dem Morde (§ 211), bei dem Todschlag (§ 212), bei der fahrlässigen Tötung (§ 222), bei der Körperverletzung (§§ 226, 227), bei der Vergiftung (§ 229), bei dem Zweikampf (§ 206), bei der Abtreibung (§ 220 Abs. 2), bei der Aussetzung (§ 221 Abs. 3), bei der Notzucht (§ 178), bei der Freiheitsberaubung (§ 239), bei dem Raube (§ 251), bei der vorsätzlichen Brandstiftung (§ 307 Ziff. 1), bei der fahrlässigen Brandstiftung (§ 309), bei der vorsätzlichen und fahrlässigen Gefährdung eines Eisenbahntransports (§§ 315, 316), bei der vorsätzlichen und fahrlässigen Herbeiführung einer Überschwemmung (§§ 312, 314), bei den gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen der §§ 321 Abs. 2, 322 Abs. 2, 323, 324, 326 St.G.B. Bei manchen dieser Delikte kann der Tod ferner eine vom Willen des Täters gänzlich unabhängige, weder vorausgesehene noch überhaupt voraussehbare Folge der Tat sein. Der Täter wird also bestraft für einen Erfolg, den er zwar immer verursacht, aber häufig nicht verschuldet hat. Dieses Resultat steht mit den Forderungen der modernen Kriminalpolitik in direktem Widerspruch, wie Hermann Seuffert auf der Straßburger Versammlung der J.K.V. vom 8. Juni 1900 überzeugend dargelegt hat[72]).

[72]) Mitteilungen der J.K.V. Bd. IX S. 130, 132.

Eine systematische Einteilung der Strafarten und zugleich der strafbaren Handlungen läßt sich durchführen, wenn das subjektive Verschulden des Täters die Grundlage der Einteilung bildet. Schon das geltende Recht unterscheidet besondere Strafarten für vorsätzliche und fahrlässige Handlungen. Todesstrafe, Zuchthausstrafe, Festungshaft, sowie die Nebenstrafen der Polizeiaufsicht und des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte werden nur bei vorsätzlichen Handlungen angedroht; bei fahrlässigen Delikten darf nur auf Geldstrafe, Haft oder Gefängnis erkannt werden. Hiermit ist jedoch der fundamentale Unterschied zwischen beiden Klassen von strafbaren Handlungen noch lange nicht erschöpft; derselbe macht sich noch in zahlreichen andern Beziehungen geltend:

1. Der Zweck der Strafe ist bei vorsätzlichen Delikten ein ganz andrer als bei fahrlässigen Delikten. Von einer Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung des Täters[73]) kann nur bei vorsätzlichen Handlungen die Rede sein. Die Mutter, welche durch eine kleine Unvorsichtigkeit den Tod eines heißgeliebten Kindes verschuldete, hat überhaupt niemals den Willen gehabt, eins ihrer Kinder zu töten; es ist daher gänzlich überflüssig und zwecklos, sie durch Gefängnisstrafe von weiteren Kindestötungen abzuschrecken. Das Vergehen der fahrlässigen Tötung ist ferner von der moralischen Gesinnung des Täters häufig ganz unabhängig. Selbst die beste und gewissenhafteste Mutter, welche ihre Kinder stets mit der größten Sorgfalt und Aufopferung gepflegt hat, kann in einer unglücklichen Stunde sich dieses Delikts schuldig machen; sie kann z. B. vergessen, eine Ofenklappe zu öffnen oder einen Gashahn zu schließen und hierdurch den Erstickungstod ihrer Kinder herbeiführen. Es wäre Torheit, eine solche Mutter durch Verhängung und Vollstreckung einer Gefängnisstrafe „bessern" zu wollen. Der Gipfel des Unsinns aber würde es sein, die erwähnte Mutter durch langjährige oder lebenslängliche Einsperrung in einem Gefängnis oder in einem Arbeitshause unschädlich zu machen.

2. Der allgemeine Teil des St.G.B. bezieht sich fast ausschließlich auf vorsätzliche Delikte. Bei fahrlässigen Handlungen kann weder von Versuch noch von Mittäterschaft[74]), Anstiftung oder

[73]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. (1902) § 15 S. 63—64, § 16 S. 69.

[74]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 8 S. 43: „Das Zusammenwirken muß ein gewußtes und gewolltes sein; der Wille der

Beihilfe[75]) die Rede sein. Ein fortgesetztes Delikt ist ferner nur bei vorsätzlichen Handlungen möglich, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriffe des fortgesetzten Delikts die „Einheitlichkeit des Vorsatzes" gehört[76]).

3. Das St.G.B. kennt den Begriff des Kollektivdelikts, d. h. den Begriff des gewohnheitsmäßigen, geschäftsmäßigen und gewerbsmäßigen Delikts nur bei vorsätzlichen Handlungen. Bei den Vergehen der §§ 150, 180 und 302d St.G.B. setzt das Merkmal der Gewohnheitsmäßigkeit eine „Neigung"[77]) oder einen „Hang"[78]) zur Verübung dieser Delikte voraus. Die Geschäftsmäßigkeit im Sinne des § 144 St.G.B. erfordert einen auf dauernde oder wiederholte Vornahme einer Handlung gerichteten Willen[79]) oder Entschluß[80]). Zum Tatbestande der gewerbsmäßigen Hehlerei (§ 260), des gewerbsmäßigen Glücksspiels (§ 284), Jagdvergehens (§ 294) und Wuchers (§ 302d St.G.B. gehört ebenfalls die Absicht[81]) oder der Wille[82]) des Handelnden, eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben.

4. Die Begünstigung und die Hehlerei[83]) sowie das Delikt des § 49a St.G.B. können nur vorsätzlich verübt werden. Die nach § 40 St.G.B. zulässige Einziehung ist gleichfalls nur bei vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen möglich.

V.

Auf Grund vorstehender Ausführungen gelangen wir zu folgendem Resultat:

Um eine materiell begründete Einteilung der strafbaren Handlungen zu erreichen, muß in erster Linie zwischen vorsätzlichen und

---

einzelnen muß darauf gerichtet sein, daß die strafbare Handlung durch die zusammenwirkende Tätigkeit ins Werk gesetzt werde." Entsch. Bd. 10 S. 10.

[75]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 10 S. 9.

[76]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 15 S. 26, Bd. 22 S. 237, Bd. 24 S. 271 bis 272.

[77]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 5 S. 370.

[78]) v. Liszt, Lehrbuch (11. Aufl.) § 55 S. 222.

[79]) Olshausen, Kommentar, 6. Aufl. Bd. I § 144 Anm. 1.

[80]) v. Liszt, Lehrbuch, 11. Aufl. § 55 S. 222.

[81]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 5 S. 371; v. Liszt in der Z XXI 124.

[82]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 12 S. 391.

[83]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 7 S. 86—87.

fahrlässigen Delikten unterschieden werden. Die Fahrlässigkeitsdelikte sind wieder in Unterabteilungen zu zerlegen, sowohl nach der Größe der Schuld — einfache und grobe Fahrlässigkeit — als nach der Größe des verschuldeten Erfolgs — leichte und schwere Verletzung beziehungsweise Gefährdung der Rechtsordnung. Das geltende Strafgesetzbuch kennt Grade der Fahrlässigkeit nur in zwei Fällen; nämlich bei der fahrlässigen Tötung und bei der fahrlässigen Körperverletzung. Zur Bestrafung der Sachverständigen, die eine besondere Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht übertreten haben, genügt schon eine geringe Fahrlässigkeit[84]); zur Bestrafung der Laien, die keine besondern Pflichten übertreten haben, wird das gewöhnliche Maß von Fahrlässigkeit verlangt. Es ist nun kein vernünftiger Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber den wichtigen Unterschied zwischen einfacher culpa und culpa lata, der auf dem Gebiet des Zivilrechts mit Erfolg durchgeführt ist[85]), auf dem Gebiet des Strafrechts gänzlich unbeachtet lassen soll. Das Preußische Landrecht hat bei einzelnen Fahrlässigkeitsdelikten die Strafbarkeit, die Strafart oder das Strafmaß von dem Nachweis „grober" Fahrlässigkeit abhängig gemacht[86]). Wenn es bei einzelnen Fahrlässigkeitsdelikten möglich ist, den Begriff der groben Fahrlässigkeit festzustellen, so muß dies auch bei allen übrigen Fahrlässigkeitsdelikten möglich sein.

Die vorsätzlichen Delikte sind ebenfalls in Unterabteilungen zu zerlegen, sowohl nach der Stärke des verbrecherischen Willens — Vorsatz und Böswilligkeit — als nach der Größe des gewollten und erreichten Erfolgs — leichte und schwere Verletzung beziehungsweise Gefährdung der Rechtsordnung. Schon das geltende Recht kennt in einzelnen Fällen einen höheren Grad des dolus, der bald als „Böswilligkeit" (§§ 103a, 134, 135), bald als „Bosheit" (§ 360 Ziffer 13), „Arglist" (§ 170) und „Hinterlist" §§ 181 Ziffer 1, 223a St.G.B.) bezeichnet wird. Der Begriff „Hinterlist" bedeutet nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine „besonders gefährlich geeigenschaftete subjektive Willensrichtung des Täters", eine „besondere Verwerflichkeit und Sträflichkeit des Willens"[87]).

---

[84]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. I S. 204.

[85]) Vgl. B.G.B. §§ 300, 460, 521, 523, 524, 599, 680, 851, 932 Abs. 2, 968; Z.P.O. §§ 102, 279.

[86]) Allgemeines Landrecht, Teil II Titel 20 §§ 22, 511, 777—781.

[87]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 2 S. 75.

Der Unterschied zwischen den verschiedenen Arten des dolus liegt also nicht in der Gesinnung des Täters. In der Reichstagssitzung vom 23. Mai 1870 hat der preußische Justizminister Leonhardt bereits ausgeführt, der Begriff der „ehrlosen Gesinnung" enthalte nichts Greifbares, derselbe sei völlig schwankend und unbestimmt[88]). Den gleichen Mangel hat auch der Begriff der „antisozialen Gesinnung", von welcher v. Liszt Art und Maß der Strafe abhängig machen will[89]). Wenn die Gesinnung des Täters für die Strafzumessung erheblich ist, dann besteht die Gefahr, daß die Gerichte auch die politische, religiöse und sonstige Gesinnung eines Angeklagten als „antisozial" betrachten und als erschwerenden Umstand berücksichtigen. Ein Radfahrer z. B., der eine fahrlässige Körperverletzung begangen hat, könnte vielleicht zu Freiheitsstrafe oder zu höherer Freiheitsstrafe verurteilt werden, weil er ein Republikaner, Sozialdemokrat, Kommunist, Agrarier, Atheist, Altkatholik, Antisemit, Weiberfeind, ein Verteidiger des Duells, des Frauenstimmrechts oder der freien Liebe ist, und die Mitglieder des Gerichts von ihrem persönlichen Standpunkt aus die theoretischen Ansichten des Radfahrers für „antisozial" halten. Für das Gericht kommt nur diejenige Gesinnung in Betracht, welche durch Handlungen praktisch betätigt worden ist; der alte Spruch: „Gedanken sind zollfrei" muß seine Geltung auf dem Gebiet des Strafrechts behalten[90]). Der Unterschied zwischen Vorsatz und Böswilligkeit ist in der verschiedenen Stärke, Kraft und Energie des verbrecherischen Willens zu suchen, welchen der Täter bei Ausführung der strafbaren Handlung bewiesen hat. Der Anarchist, der ein Sprenggeschoß in eine Menge unbekannter Personen hineinschleudert, um möglichst viele Menschen auf einmal zu töten, bekundet einen höheren Grad des verbrecherischen Willens, als der gewöhnliche Mörder oder Totschläger. Der Verbrecher, der mit einer Höllenmaschine einen Passagierdampfer in die Luft sprengt, um einen Versicherungsbetrug verüben zu können, zeigt im Vergleich mit andern Betrügern ebenfalls eine „besondere Verwerflichkeit und

---

[88]) Sten. Ber. S. 1143.

[89]) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags, Bd. I (1902) S. 281.

[90]) Vgl. § 11 des österreichischen Strafgesetzbuchs vom 27. Mai 1852, Über Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine äußere böse Handlung unternommen oder nicht etwas, das die Gesetze vorschreiben, unterlassen worden, kann niemand zur Rede gestellt werden.

Sträflichkeit des Willens". Der Bube, der nachts mit Hammer und Meißel im Berliner Tiergarten herumschleicht, um die Denkmäler an der Siegesallee zu verstümmeln, beweist gleichfalls eine „besonders gefährlich geeigenschaftete subjektive Willensrichtung" im Verhältnis zu andern Personen, die in angetrunkenem Zustande ein paar Biergläser zerschlagen, ein paar Fensterscheiben zertrümmern oder eine Straßenlaterne beschädigen. Eine abnorme Stärke des verbrecherischen Willens ist auch vielfach bei rückfälligen und gewerbsmäßigen Verbrechern — Dieben, Hehlern, Wucherern, Glücksspielern, Zuhältern, Kupplern, Päderasten, Messerhelden, Jagdfrevlern, Nahrungsmittelfälschern, Dirnen, Landstreichern, Bettlern usw. — vorhanden, welche trotz wiederholter Bestrafungen immer wieder dieselben Delikte oder wenigstens gleichartige Delikte begehen. Es handelt sich also lediglich darum, die Abstufungen des dolus, welche das geltende Strafrecht bereits bei einzelnen vorsätzlichen Delikten anerkannt hat, bei allen vorsätzlichen Delikten zur allgemeinen Anerkennung zu bringen.

Der gemeinsame Zweck aller Strafen ist der Schutz der bestehenden Rechtsordnung. Als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks dienen im positiven Recht Verweis, Geldstrafe, Freiheitsstrafe und Todesstrafe. Die Freiheitsstrafen zerfallen wieder in Haft, Gefängnis, Festungshaft und Zuchthaus, wozu als Nebenstrafe noch das Arbeitshaus hinzukommt. Dieses System ist einerseits zu verwickelt, anderseits nicht genügend entwickelt. Die Wirkungen des Verweises sind sehr gering. Mit Recht sagt v. Liszt: „Für diejenigen, deren Ehrgefühl stumpf geworden oder niemals rege gewesen ist, ist der Verweis des Richters eine Komödie ohne ernste Bedeutung, für den Ehrliebenden ist sie eine tiefe Verletzung, eine schwere Kränkung"[91]). Vollständig überflüssig wird die Strafe des Verweises, sobald einmal an Stelle der bedingten Aussetzung des Strafvollzugs die bedingte Verurteilung eingeführt wird. Der Unterschied zwischen Haft und Festungshaft soll darin bestehen, daß bei der zweiten Strafart eine „Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise der Gefangenen" stattfindet, bei der ersten dagegen nicht. Es ist indessen ganz selbstverständlich, daß jeder Haftgefangene der für seinen Aufenthaltsort bestehenden Hausordnung sich fügen muß; infolge-

[91]) Z IX 777.

dessen steht auch seine Beschäftigung und Lebensweise unter der Aufsicht der Strafanstaltsbeamten. Eine feste, klare und logische Abgrenzung zwischen den Begriffen „Haft" und „Festungshaft" ist also nicht vorhanden. Zwischen der Haftstrafe, welche in den Fällen des § 361 Nr. 3 bis 8 St.G.B. verhängt wird, und der Gefängnisstrafe ist überhaupt kein Unterschied zu erkennen. Beide Strafarten haben das gemeinsame Merkmal, daß die Gefangenen „auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise" beschäftigt werden können. Zwischen Gefängnis und Zuchthaus besteht allerdings ein theoretischer Unterschied; in der Praxis jedoch verschwindet dieser Unterschied fast gänzlich. v. Holtzendorff z. B. sagt in seinem Handbuch des Gefängniswesens: „Zwischen dem obligatorischen Arbeitszwang des Zuchthauses und der fakultativen Beschäftigung der Gefangenen im e. S. besteht kaum ein nomineller Unterschied"[92]). Strafanstaltsdirektor Sichart bestätigt ebenfalls, daß heutzutage fast jeder Unterschied im Vollzuge der Zuchthaus- und der Gefängnisstrafe verwischt ist[93]). Hermann Seuffert erklärt: „Die jetzige Unterscheidung von Zuchthaus und Gefängnis hat keine andre Berechtigung, als daß sie hergebracht ist"[94]). Der preußische Justizminister Leonhardt hat schon 1870 geäußert: „Mir erscheint es als eine Unwahrheit, daß zur Zeit noch eine gesetzliche Scheidung zwischen der Zuchthausstrafe und Gefängnisstrafe stattfindet"[95]).

Um eine richtige Einteilung der Freiheitsstrafen zu finden, muß man ausgehen von dem naturgemäßen Unterschiede zwischen kurzen und langen Freiheitsstrafen. Bei einer Freiheitsstrafe von wenigen Stunden, Tagen und Wochen ist eine Erziehung des Sträflings, d. h. eine Gewöhnung desselben an Zucht und Ordnung, Arbeit und Gehorsam, sowie eine moralische Besserung desselben unmöglich. Die kurze Freiheitsstrafe kann nur als Warnung oder als Abschreckungsmittel dienen. Für bestrafte Personen hat die Vollstreckung einer kurzen Haft- oder Gefängnisstrafe gegenwärtig gar keine abschreckende Wirkung. Dies beweist schon der Umstand, daß manche Rückfällige kleine Delikte verüben, um

---

[92]) v. Holtzendorff und v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, Bd. I (1888) S. 415.

[93]) Z XXI (1901) 159, vgl. auch X 392.

[94]) Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 62.

[95]) Reichstagsverhandlungen vom 23. Mai 1870, Sten. Ber. S. 1133.

während des Winters ein Unterkommen im Gefängnis zu finden. Es empfiehlt sich daher, die schärferen Formen der kurzzeitigen Freiheitsstrafe, welche im Militärstrafrecht bestehen — den mittleren und strengen Arrest — in das Zivilstrafrecht herüber zu nehmen. Nach der Verschiedenheit des Strafzwecks ergeben sich folgende Arten der Freiheitsstrafe:

Warnung — bedingte Freiheitsstrafe,
verschärfte Warnung — Haft,
Abschreckung — Arrest,
Besserung — Gefängnis,
Erziehung — Arbeitshaus.

Gefängnis und Arbeitshaus sollen hiernach grundsätzlich verschiedene Zwecke erstreben. Bei ersterm soll das entscheidende Gewicht auf die moralische Besserung gelegt werden; bei letzterm soll ein bestimmtes äußeres Verhalten — die Gewöhnung an Ordnung und Pünktlichkeit, Fleiß und Ausdauer — die Hauptsache sein. Als Vorbild für die Gefängnisordnung kann die Regel der Trappistenklöster, als Vorbild für die Ordnung des Arbeitshauses die militärische Disziplin der Kaserne dienen. Lammasch erklärt es für ein vergebliches Beginnen, durch den staatlichen Strafvollzug eine moralische Besserung der Gefangenen herbeizuführen[96]). Diese Ansicht mag für einzelne Klassen von Sträflingen, besonders für öffentliche Dirnen, richtig sein[97]); für die Gesamtheit der Strafgefangenen ist sie jedoch viel zu pessimistisch. Zahlreiche Gefängnisbeamte und Gefängnisgeistliche — z. B. Pfarrer Johannes Jäger in Ebrach[98]) — haben mit den ihrer Fürsorge anvertrauten Sträflingen nicht bloß schlechte, sondern auch gute Erfahrungen gemacht.

Der größte Mangel des jetzigen Strafensystems besteht darin, daß dasselbe kein geeignetes Mittel bietet, um gefährliche Personen, welche ihre Freiheitsstrafe verbüßt oder ihre Geldstrafe bezahlt haben, von neuen Verletzungen der Rechtsordnung abzuhalten. Nicht jeder Verbrecher kann getötet oder lebenslänglich eingesperrt werden. Bei fast allen Verbrechern

[96]) Lammasch, Über Zwecke und Mittel der Strafe, Z IX (1889) 430.

[97]) v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu (1895) S. 266. Bornemann in den Blättern für Gefängniskunde, Bd. 37 (1903) S. 201.

[98]) Jäger, Beiträge zur Lösung des Verbrecherproblems (1895) S. 40.

kommt früher oder später der Zeitpunkt, in welchem sie ihre persönliche Freiheit wieder erlangen. Der Übergang von der vollen Unfreiheit zu der vollen Freiheit ist in der Regel sogar sehr schroff; nur in den Fällen der vorläufigen Entlassung besteht eine Zwischenstufe. Die Polizeiaufsicht enthält keine wirksame Beschränkung der persönlichen Freiheit. Über die Nutzlosigkeit dieser Einrichtung sind fast alle Schriftsteller einig[99]). Der Gefängnisgeistliche Braune z. B. sagt in seinem Aufsatz „Wider die Polizeiaufsicht": Es wird mit und ohne Polizeiaufsicht jedwedes beliebige Verbrechen begangen. Die Polizeiaufsicht kann daran niemand hindern"[100]).

Es kommt darauf an, dem überführten Verbrecher, von welchem neue Verletzungen der Rechtsordnung zu befürchten sind, diejenigen Beschränkungen der persönlichen Freiheit aufzulegen, welche den besondern Umständen des einzelnen Falles entsprechen. Diese Freiheitsbeschränkungen können sehr verschiedener Art sein; sie können in einer Beschränkung der Gewerbefreiheit, der Vergnügungen, der Freizügigkeit usw. bestehen. Das Gericht muß z. B. die Befugnis erhalten, dem Weinhändler, welcher trotz wiederholter Bestrafungen fortgesetzt Wein fälscht oder gefälschten Wein in den Handel bringt, den Betrieb seines Gewerbes auf bestimmte Zeit oder für immer zu untersagen. Bei den großen Weinprozessen, welche in den Jahren 1898 und 1899 vor dem Landgericht in Colmar verhandelt wurden, sind Weinhändler verurteilt worden, welche einen jährlichen Umsatz von vielen Hunderttausenden, teilweise sogar von einer Million hatten. Auf solche Großhändler macht eine Geldstrafe von 3000 oder 10 000 Mk. natürlich sehr wenig Eindruck, da ihr jährlicher Reingewinn oft das Fünffache oder das Zehnfache dieser Summen beträgt. Eine strenge und wirksame Strafe dagegen würde diese Weinhändler treffen, wenn ihnen der Betrieb ihres Gewerbes auf Monate, auf Jahre oder auf Lebenszeit verboten würde. Diese Vermögensstrafe hätte außerdem den Vorteil, daß sie zu den Erwerbs- und Einkommensverhältnissen jedes einzelnen Täters in dem richtigen Verhältnis stände. Die gleiche Beschränkung der Gewerbefreiheit muß auch bei dem Milchhändler möglich sein, der wiederholt Milch verfälscht

[99]) Vgl. Karl Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik (1892) S. 234 bis 236; ferner die Citate im Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, Bd. XI (1903) S. 248—250.

[100]) Z IX 831.

oder eine ungewöhnlich große Quantität Wasser zusetzt oder die Milch kranker Kühe feilhält, ferner bei dem Metzger, der aus dem Fleisch eines krepierten Hundes Wurst fabriziert[101]), sowie bei allen Personen, welche die Pflichten ihres Berufs in ungewöhnlich hohem Grade verletzen. Das Verbot einer bestimmten gewerblichen Tätigkeit kann nicht bloß gegenüber dem Unternehmer eines Gewerbebetriebes, sondern auch gegenüber dem Gewerbegehilfen zweckmäßig sein, z. B. gegenüber dem Fuhrknecht, der in frevelhaftem Leichtsinn ein Kind überfährt, dem Kellner, der verdorbenes Bier mit gutem Bier vermischt, dem Bäckermädchen, welches Stecknadeln in die Semmeln steckt[102]). Auch bei den Dienstboten kann es Fälle geben, in welchen die Untersagung häuslicher Arbeiten gerechtfertigt erscheint. Die Dienstmagd z. B., welche Urin in Teewasser gießt[103]), hat genügend bewiesen, daß sie einer Vertrauensstellung in Familien unwürdig ist; sie behält immer noch die Möglichkeit, ihr Brod als Fabrikarbeiterin, Waschfrau oder Tagelöhnerin zu verdienen.

Die Gerichte müssen ferner die Befugnis erhalten, dem Automobilfahrer, welcher durch rücksichtsloses Dahinjagen auf belebter Straße seine culpa lata bekundet hat, bei einer Verurteilung wegen Tötung oder Körperverletzung die Benutzung von Automobilen auf bestimmte Zeit oder auf Lebenszeit zu verbieten. Ähnliche Beschränkungen der Handlungsfreiheit müssen auch bei dem Radfahrer, dem Sonntagsreiter und dem Sonntagsjäger zulässig sein, wenn diese Personen bei Verübung strafbarer Handlungen ein ungewöhnliches Maß von Ungeschicklichkeit, Unwissenheit oder Leichtsinn an den Tag gelegt haben.

Die Gerichte müssen endlich die Befugnis erhalten, dem gewerbsmäßigen Hehler, welcher mit den Diebes-, Wilddiebs- oder Schmugglerbanden eines bestimmten Ortes oder Bezirks in fester Geschäftsverbindung steht, den Aufenthalt an diesen Orten oder in diesen Bezirken zu untersagen. Die gleiche Beschränkung der Freizügigkeit muß bei gewerbsmäßigen Glücksspielern, Zuhältern, Bauernfängern, Einbrechern, Wilddieben, Bettlern, Dirnen usw. statthaft sein.

---

[101]) Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 21 S. 438.

[102]) Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 31 S. 325.

[103]) Auszüge aus den gerichtlichen Entscheidungen, betreffend Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, Bd. V (1902) S. 287.

Die Vorschläge, welche hier gemacht werden, wollen einen Rechtszustand wieder herstellen, der bereits früher in Deutschland bestanden hat und der in andern Staaten noch fortbesteht. Nach preußischem Landrecht war der Verlust des Gewerbes eine Strafe, die gegen einzelne Klassen von Gewerbetreibenden — Verkäufer von Nahrungsmitteln, Baumeister, Händler, Pfandleiher, Gastwirte, Kaffeewirte usw. — bei der Verurteilung wegen bestimmter Delikte verhängt wurde[104]). § 23 des Gesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21. Oktober 1878 gewährte den Gerichten die Befugnis, gegen Gastwirte, Schankwirte, mit Branntwein oder Spiritus Kleinhandel treibende Personen, Buchdrucker, Buchhändler, Leihbibliothekare und Inhaber von Lesekabinetten neben der Freiheitsstrafe auf *Untersagung ihres Gewerbebetriebes* zu erkennen. In manchen Kantonen der Schweiz gilt die Entziehung des Rechts, einen bestimmten Beruf oder ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, als eine Vermögensstrafe, welche von den Strafgerichten ausgesprochen wird. Art. 14 des Kriminalstrafgesetzes für den Kanton Schwyz von 1881 bestimmt z. B.: „Durch *richterlichen Spruch* kann auch die Betreibung eines Gewerbes oder Berufes untersagt werden, wenn Beruf oder Gewerbe zur Verübung eines Verbrechens mißbraucht wurde oder wenn aus der Verübung eines Verbrechens Gefährde wegen Mißbrauch entsteht“[105]).

In Deutschland haben die Gerichte nur das Recht, den Eisenbahn- und Telegraphenbeamten, gemäß § 319 St.G.B., die weitere Ausübung ihres Berufs zu verbieten. Dagegen sind die Verwaltungsbehörden in vielen andern Fällen befugt, den Betrieb eines Berufs oder Gewerbes zu untersagen und sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit zu verhängen. Nach der Gewerbeordnung (§ 57b Ziffer 2 und 3) darf bestraften Personen der Wandergewerbeschein verweigert werden; ohne Wandergewerbeschein aber ist ein Gewerbebetrieb im Umherziehen unmöglich (§§ 55, 148 Ziff. 7). Nach dem elsaß-lothringischen Jagdpolizeigesetz vom 7. Mai 1883 (§ 11 Ziffer 3) kann bestraften Personen auch der Jagdschein versagt werden; die Ausübung der Jagd ist vom Besitz eines Jagdscheins abhängig (§§ 9, 14 Ziffer 1, § 15). Nach dem elsaß-lothrin-

---

[104]) Allgemeines Landrecht, Teil II Titel 20 §§ 724, 769, 779, 1242, 1306.

[105]) Vgl. *Stooß*, Die schweizerischen Strafgesetzbücher (1890) S. 188—189.

gischen Fischereigesetz vom 2. Juli 1891 (§ 24) ist es ferner zulässig, die Ausstellung von Fischer- oder Angelkarten an bestrafte Personen abzulehnen; die Ausübung der Fischerei ist nur denjenigen Personen erlaubt, die im Besitz einer Fischer- oder Angelkarte sind (§ 20). Nach der Betriebsordnung für die Straßburger Straßenbahnen (§ 57) hat der Polizeidirektor die Befugnis, den Kutschern, Schaffnern, Motorwagenführern, Bremsern und Lokomotivführern, welche sich wiederholter Zuwiderhandlungen gegen die Betriebsordnung schuldig gemacht haben, den Fahrschein zu entziehen[106]); ohne Fahrschein dürfen die genannten Beamten im Betriebe der Straßenbahnen nicht beschäftigt werden (§ 2). § 39 des Strafgesetzbuchs gestattet polizeiliche Aufenthaltsbeschränkungen für bestrafte Personen, die unter Polizeiaufsicht stehen. § 3 Absatz 2 des Gesetzes über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 erlaubt die polizeiliche Ausweisung von Personen, die innerhalb der letzten zwölf Monate wegen wiederholten Bettelns oder wegen wiederholter Landstreicherei bestraft worden sind. § 2 des Gesetzes, betreffend den Orden der Gesellschaft Jesu vom 4. Juli 1872, ermächtigt die Landespolizeibehörde, inländischen Jesuiten den Aufenthalt in bestimmten Bezirken oder Orten zu versagen oder anzuweisen. In Elsaß-Lothringen ist den vorläufig entlassenen Sträflingen u. a. polizeilich verboten, mit „übelberüchtigten Personen" Umgang zu pflegen und Wohnung bei denselben zu nehmen[107]). In zahlreichen Städten sind Ortspolizeiverordnungen erlassen, welche die persönliche Freiheit der öffentlichen Dirnen erheblich beschränken. Den Dirnen ist z. B. untersagt, auf bestimmten Straßen und Plätzen spazieren zu gehen oder stehen zu bleiben, zu bestimmten Zeiten auf der Straße oder in Wirtschaften sich aufzuhalten, bestimmte Wirtschaften, Tanzlokale, Konzertlokale und Theater zu besuchen, Geld von ihren Vermietern zu borgen, von denselben Kleidungsstücke und Maskenkostüme zu kaufen oder zu mieten, mit Zuhältern, Kupplern und Kupplerinnen zu verkehren, aus den Fenstern ihrer Wohnungen zu sehen, an der Haustür zu stehen, die Wohnräume übermäßig zu erleuchten, überlaut zu singen, zu lachen und zu musizieren, in offenen Wagen oder Schlitten zu

---

[106]) Bezirkspolizeiverordnung für Unter-Elsaß vom 15. Juli 1895.

[107]) Verfügung des Oberpräsidenten und des Generalprokurators in Elsaß-Lothringen vom 28. März 1872 § 25.

Digitized by Google

fahren, Fahrräder zu benutzen, Männer durch Abgabe von Visitenkarten oder Briefen anzulocken usw.

Zum Kampf gegen das Verbrechertum müssen die Gerichte mit denselben Waffen ausgerüstet werden, welche den Verwaltungsbehörden bisher ohne Bedenken bewilligt worden sind.

Die erwähnten Beschränkungen der persönlichen Freiheit können nur bei denjenigen Verbrechern wirksam sein, welche einen festen Wohnsitz und eine bestimmte Beschäftigung haben. Gegen internationale Gauner, Hochstapler, Taschendiebe, Kuppler, Falschspieler usw. — sowie gegen alle heimatlosen, obdachlosen, stellenlosen, arbeits- und beschäftigungslosen Verbrecher müssen schärfere Maßregeln ergriffen werden. Um diese Verbrecherklassen unschädlich zu machen, ist die Einführung einer gerichtlichen Vormundschaft nötig, welche den Gerichtsbehörden nicht bloß das Recht, sondern auch die Macht verleiht, die ganze Lebensführung der entlassenen Sträflinge — ihren Aufenthaltsort, ihre Wohnung und ihre Beschäftigung, ihre Arbeit und ihre Vergnügungen — fortdauernd zu beaufsichtigen und durch strenge Gebote oder Verbote sowie durch scharfe Disziplinarmittel zu regeln. Der Gedanke, eine Vormundschaft über Verbrecher einzuführen, ist nicht neu; derselbe ist bereits von Massow[108]), Vargha[109]), Ilberg[110]), Weingart[111]) sowie von der Forensisch-psychiatrischen Vereinigung in Dresden[112]) ausgesprochen worden. Es kommt nur darauf an, diesen Gedanken juristisch zu formulieren und dem praktischen Bedürfnis anzupassen, sowie die notwendigen Garantieen gegen einen Mißbrauch der vormundschaftlichen Gewalt zu finden[113]).

---

[108]) v. Massow, Reform oder Revolution, 2. Aufl. (1895) S. 125—126; ferner Blätter für Gefängniskunde, Bd. 29 S. 3—18.

[109]) Vargha, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, 1896—1897 Bd. II S. 503, 512, 684.

[110]) Ilberg, Über verminderte Zurechnungsfähigkeit, Grenzboten 1898 S. 192 und Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie 1899 Bd. 56 S. 474.

[111]) Weingart, Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie, Bd. 56 S. 473 und Z XIX.

[112]) Beschluß vom 30. Juni 1898, Allgemeine Zeitschrift für Psychiatrie, Bd. 56 S. 451.

[113]) Vgl. meine Abhandlung: Vormundschaft über Verbrecher, im Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik, Bd. XI S. 232.

Als Schlußresultat vorstehender Abhandlung ergibt sich also folgendes System von Delikten und Strafen:

I. Fahrlässige Handlungen.

Geringe Delikte — bedingte Geldstrafe.
Erhebliche Delikte — bedingte Haft.

II. Grob fahrlässige Handlungen.

Geringe Delikte — Geldstrafe.
Erhebliche Delikte — Haft, als Nebenstrafe einzelne Freiheitsbeschränkungen.

III. Vorsätzliche Handlungen.

Geringe Delikte — bedingte und unbedingte Geldstrafe oder Arrest.
Erhebliche Delikte — Gefängnis, als Nebenstrafe einzelne Freiheitsbeschränkungen.

IV. Böswillige Handlungen.

Geringe Delikte — strenger Arrest, als Nebenstrafe Vormundschaft.
Erhebliche Delikte — Arbeitshaus, als Nebenstrafe Vormundschaft.

Die Geldstrafe kann bei fahrlässigen und grob-fahrlässigen Handlungen in Haft, bei vorsätzlichen Handlungen in Arrest umgewandelt werden. Diese Umwandlung darf jedoch nicht schon bei der Verurteilung, sondern — nach dem Vorbild des § 463 St.P.O. — erst bei der Strafvollstreckung stattfinden. Voraussetzung für die Umwandlung ist der Nachweis, daß der Verurteilte die Geldstrafe ganz oder teilweise bezahlen kann, aber nicht bezahlen will. Die Umwandlung ist also ausgeschlossen bei denjenigen Schuldnern, welche durch unverschuldetes Unglück — Krankheit, Armut, Arbeitslosigkeit — an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit verhindert sind.

2.

Über den Begriff der Vergeltung.

Von Gerichtsassessor Dr. Jacques Stern.

Der Begriff der Vergeltung ist bestritten. Dies wird sowohl von den Vertretern der Vergeltungsidee als des wichtigsten Prinzips des gesamten Strafrechts[1]), als auch von denjenigen zugegeben, welche im Zweckgedanken das Wesen des Rechts, also auch des Strafrechts erblicken[2]). Aber selbst in der Anerkennung der gewaltigen Rolle, welche die Vergeltung in der Geschichte der Strafe und des Strafrechts überhaupt gespielt hat, trennt keinerlei Meinungsverschiedenheit die Anhänger der beiden sich gegenüberstehenden Richtungen. Und vielleicht war gerade der Umstand, daß, so lange sich Menschen in wissenschaftlicher Weise mit den Grundproblemen des Strafrechts beschäftigten, der Begriff der Vergeltung in ihre Betrachtungen hineingezogen wurde und werden mußte, die Ursache für die so zahlreichen und so wesentlich von einander abweichenden Ansichten, welche über die „Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts" bestehen, und um deren Erforschung und eingehende historische Darstellung sich Günther[3]) in seinem soeben erwähnten Werke verdient gemacht hat.

Konnte Binding noch vor etwa fünfundzwanzig Jahren einer auf dem Zweckgedanken beruhenden Theorie eine Stellung im Ge-

[1]) Birkmeyer, Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 48 (1901), S. 75, Note 60.

[2]) v. Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? Gutachten für den 26. Deutschen Juristentag, Bd. I, Berlin 1902, S. 271.

[3]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts, Erlangen 1889—1895.

biete des Strafrechts überhaupt bestreiten, und mußte doch schon bald darauf Hugo Meyer zu seinem Schmerze den Einzug der „realistischen Richtung" in unsre Wissenschaft anerkennen[4]), so sehen in unsern Tagen die Vorkämpfer des Zweckgedankens im Strafrecht, v. Liszt und Seuffert, eine stattliche Schaar von Anhängern um sich versammelt, denen Vertreter der reinen Vergeltungsidee nur noch in verschwindend kleiner Zahl gegenüberstehen[5]).

Erscheint nun bei diesem Stande des Streites eine Beschäftigung mit dem Begriff der Vergeltung als ein verspätetes und nutzloses Beginnen? Mit Nichten. Hat doch der eifrigste Förderer des Zweckgedankens in der Gegenwart, v. Liszt, selbst wiederholt zu Untersuchungen über Begriff und Wesen der Vergeltung angeregt. Denn der Begriff der Vergeltung kann, auch wenn der Zweckstrafe der erhoffte Sieg über die Vergeltungsstrafe zugefallen sein wird, niemals aus den Betrachtungen über das Wesen der Strafe verschwinden. Ist doch von v. Liszt bereits vor zwanzig Jahren in seiner Abhandlung über den „Zweckgedanken im Strafrecht" die Ansicht ausgesprochen worden, daß durch seine „unter der Führung des Zweckgedankens die Formen der Schutzstrafe und das Maß derselben" feststellenden Ausführungen — „die Unhaltbarkeit und Unbrauchbarkeit der Vergeltungsstrafe überhaupt nicht erwiesen ist". „Vielleicht ist eine andre Form denkbar, in welcher sie sich theoretisch wie praktisch bewährt? Vielleicht ist diese andre Form dem Zweckgedanken nicht prinzipiell feindlich gesinnt?"[6]) Und seitdem v. Liszt dies ausgesprochen, ist er in Wort und Schrift unablässig dafür eingetreten, daß zwischen Vergeltungsidee und Zweckgedanke, zwischen dem quia peccatum und dem ne peccetur „keine unversöhnlichen Gegensätze"[7])[8]) bestehen. Und auf der andern Seite sehen wir wieder, wie diejenigen, welche noch

[4]) Vgl. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Marburg 1882, S. 3.

[5]) „Zwar fehlt es auch heutzutage nicht an Vertretern des Vergeltungsgedankens in der Theorie des Strafrechts .... Die Gerechtigkeit, welche durch die Vergeltung dieser Theoretiker verwirklicht werden soll, läßt sich aus mannigfachen Gründen der Nützlichkeit Abstriche gefallen." v. Bar, Probleme des Strafrechts, Göttingen 1896, S. 4.

[6]) v. Liszt, a. O., S. 29.

[7]) v. Liszt, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, Z XIII (1893) 351. Vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Berlin 1897, S. 79.

[8]) v. Lilienthal (Kritik von v. Liszts Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl., in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechts-

an dem Vergeltungsgedanken festhalten, von ihrem Standpunkte aus zu einem ganz ähnlichen Ergebnis gelangen. Adolf Merkel[9]), der bedeutendste deterministische Gegner[10]) der Zweckstrafe, sagt: „Der Vergeltungsgedanke schließt Zweckbeziehungen nicht aus, sondern ein . . . Die allgemeine Gegenüberstellung von Vergeltungs- und Zweckgedanke hat daher keinen Sinn." Appelius[11]), der die nach v. Liszt in der Vertiefung des Schuldbegriffs gefundene Versöhnung der Gegensätze und die so von der absoluten Strafe in natürlicher Entwicklung zur Schutzstrafe geschlagene Brücke nicht anerkennen will, hat den auch von ihm zugegebenen Zusammenhang zwischen Vergeltung und Zweckgedanke in andrer Weise zu begründen gesucht: So lange noch das Gemeinwesen oder der Staat als Vertreter des angegriffenen Einzelnen die Ausführung des Rachegedankens wegen dieses Angriffs übernommen hatte und auf diese Weise der individuellen Verantwortlichkeit zur Verwirklichung verhalf, konnte nur von einer Berechtigung der Vergeltungstheorie die Rede sein. Diese Berechtigung der Vergeltungstheorie mußte aber fallen, und an ihre Stelle der Gedanke der Schutzstrafe treten von dem Augenblicke an, wo das Gemeinwesen oder der Staat aufhörte, Vertreter des verletzten Einzelnen zu sein, im Täter den Verletzer der für das Gemeinwesen geltenden Rechtsordnung strafte und an Stelle der individuellen Verantwortlichkeit die Verantwortlichkeit gegen die Gesellschaft setzte. Besondere Beachtung verdient, wie sich aus unsern späteren Ausführungen ergeben wird, die Ansicht van Calkers[12]), eines Anhängers der

wissenschaft, Bd. 35 (1893, S. 475) bemerkt, daß „Vergeltung, d. h. Befriedigung des nun einmal vorhandenen Rachebedürfnisses unter den gegebenen Verhältnissen als Strafzweck berücksichtigt werden muß".

[9]) Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, Straßburg 1892, S. 32.

[10]) Damit ist nicht gesagt, wie sich auch aus dem Folgenden ergibt, daß Merkel jede Zweckbeziehung aus dem Begriff der Vergeltungsstrafe ausscheidet; doch bleibt die Vergeltung bei ihm immer das primäre Prinzip. Insofern hat Liepmann recht, wenn er sagt: Merkel ist nicht als Gegner der Zweckstrafe zu bezeichnen. Vgl. Liepmann, Die Bedeutung Adolf Merkels für Strafrecht und Rechtsphilosophie, Z XVII (1897) 703.

[11]) Appelius, Die bedingte Verurteilung und die andern Ersatzmittel für kurzzeitige Freiheitsstrafen, Cassel 1890, S. 66—73.

[12]) van Calker, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen, Vierzigster Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin in dem Vereinsjahr 1898—99, S. 64.

Vergeltungsstrafe, bei welchem der Zusammenhang zwischen der Vergeltungsidee und dem Zweckgedanken wieder in andrer Auffassung erscheint: „Von ihrem ersten Auftauchen im Bewußtsein der Völker, wie im Bewußtsein des Einzelnen, schließt die Idee der Vergeltung die Zweckbeziehung in sich: Verhinderung des Wiedereintritts der erduldeten Verletzung durch die Reaktion gegen den ersten Angriff".

Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß nach van Calker Vergeltung und Zweckgedanke für immer untrennbar ihrem Wesen nach verbunden sind. Von der Vergeltung als dem Primären ausgehend, ist van Calker aber genötigt, die Begründung der Vergeltung in einer metaphysischen [13]) Ethik zu suchen, was er denn auch tut, da er von „ethischen Wertanschauungen" spricht, die ja besonders bei Merkel eine so große Rolle spielen.

Alle in unsern bisherigen Ausführungen erwähnten Ansichten, mögen sie im Einzelnen auch noch so sehr voneinander abweichen, haben nun das Gemeinsame, daß sie irgendwelchen Zusammenhang zwischen der Vergeltungsidee und dem Zweckgedanken als vorhanden ansehen. Und auch Richard Schmidt [14]) kommt, indem er das „Schicksal dieses großen wissenschaftlichen Streits" überblickt, zu dem Ergebnisse, daß „Vergeltung einerseits, Sicherung der Gesellschaft vor dem Verbrechen anderseits keine Gegensätze sind, wenn man sie in abstracto als denkbare Aufgaben der Strafjustiz ins Auge faßt", mögen sie nach ihm praktisch immerhin unvereinbare Ziele darstellen.

Die folgende Abhandlung verfolgt nun den Zweck, auf der Grundlage einer Entwicklung des Begriffs und Wesens der Vergeltung eine neue, in der strafrechtlichen Literatur bisher nicht hervorgetretene Ansicht über den Zusammenhang zwischen Vergeltung und Zweckgedanke darzustellen. Der Kern dieser Ansicht

[13]) In metaphysischer Weise sucht übrigens auch Seuffert, der Vorkämpfer des Zweckgedankens, (Was will, was wirkt, was soll die staatliche Strafe? Bonn 1897, S. 23) der Vergeltungsidee gerecht zu werden, indem er meint, daß im entwickelten Staat diejenigen, welche vom Vergeltungsbedürfnis erfüllt sind, sich reichlich genügen könnten bei den Veranstaltungen, die der Staat zu andern Zielen den Verbrechern gegenüber trifft, falls sie aber mehr verlangen, auf das Naturgesetz, die dira necessitas, oder das Grundgesetz der Weltharmonie zu verweisen sind.

[14]) Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 121 und 122.

soll gleich an dieser Stelle vor die Entwicklung und Begründung derselben gesetzt werden: Vergeltung und Zweckgedanke sind für immer untrennbar ihrem Wesen nach verbunden. Als das Primäre erscheint der Zweckgedanke

Mit dem Gesagten ist der Gegensatz zu der oben wiedergegebenen Auffassung van Calkers deutlich zum Ausdruck gebracht: Dort erscheint die Vergeltung als das Primäre, hier der Zweckgedanke. Im Resultat liegt die Übereinstimmung beider Ansichten: Vergeltung und Zweckgedanke sind für immer untrennbar ihrem Wesen nach verbunden. Den Beweis für die innere Notwendigkeit dieser Zusammengehörigkeit ist aber van Calker schuldig geblieben, da er die Begründung der Vergeltung, wie bemerkt, in einer metaphysischen Ethik zu suchen genötigt ist. Die folgende, vom Zweckgedanken als dem Primären ausgehende Darstellung wird dagegen versuchen, den Beweis dafür zu erbringen, daß die Vergeltung stets untrennbar mit dem Zweckgedanken des Schutzes oder der Abwehr verbunden, diese ohne jene nicht denkbar ist.

Diese soeben ihrem Kerne nach wiedergegebene Auffassung über den Zusammenhang zwischen Vergeltung und Zweckgedanke, deren nähere Entwicklung und Begründung nunmehr zu geben sein wird, ist zum ersten Mal ausgesprochen worden in Wilhelm Sterns „Kritischer Grundlegung der Ethik als positiver Wissenschaft“ [15]).

Gleich an dieser Stelle muß nun einem naheliegenden Einwande begegnet werden. Treffend weist v. Liszt [16]) auf die große Bedeutung hin, welche der Trennung des Wesens der Strafe von der Ethik zukommt. Der Grund hierfür liegt in dem unausgetragenen Kampfe um die Grundlegung der Ethik. Wenn wir aber eine Ethik vor uns haben, die, auf empirische Psychologie und Urgeschichte [17]) gegründet, rein empirisch und rein nach positivistischer Art verfahrend nicht bloß dieselbe Methode wie die Juris-

---

[15]) Wilhelm Stern, Kritische Grundlegung der Ethik als positiver Wissenschaft, Berlin 1897. Siehe Ueberweg-Heinze, Grundriß der Geschichte der Philosophie Bd. IV, 9. Aufl., Berlin 1902, S. 347. Siehe ferner Karl Vorländer, Geschichte der Philosophie Bd. II, Leipzig 1903, S. 516.

[16]) v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S. 9 und 10.

[17]) Der an sich berechtigte Einwand, daß (vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 75) eine rein geschichtliche beziehungsweise urgeschichtliche oder rein psychologische Begründung der Strafe nutzlos sei, da sie keine Rechtfertigung, sondern nur eine

prudenz befolgt, sondern sowohl dem Inhalt nach in Bezug auf die Moral im engeren Sinne, als auch in Bezug auf Recht und Strafe zu denselben Resultaten gelangt, wie die jetzt maßgebenden Ansichten der positiven Rechtswissenschaft, so ist nicht einzusehen, warum wir uns ihrer Hilfe nicht bedienen sollten, sobald es sich darum handelt, von ihr her das oberste Prinzip, d. h. also eine Begründung für die Erklärung des Rechts und der Strafe zu holen.

Bevor wir uns unsrer eigentlichen Aufgabe, der Darstellung der Entstehung und des Wesens der Vergeltung beziehungsweise des Vergeltungstriebes, zuwenden, bedarf es einer in den engsten Grenzen gehaltenen Entwicklung der Grundlagen der positiv-wissenschaftlichen Ethik, soweit dieselben für das Verständnis dieser Darstellung erforderlich sind.

Der allgemeine Standpunkt der positiv-wissenschaftlichen Ethik ist der kritische Positivismus, der sich als eine Vereinigung des kritischen Idealismus Kants mit dem kritischen Materialismus du Bois-Reymonds darstellt. Für den kritischen Positivismus ist die Annahme, daß es ein Geistiges gibt, die fruchtbarste Hypothese oder geeignetste Maxime der Spezialforschung ausschließlich auf geisteswissenschaftlichem Gebiete, und die Annahme, daß es eine Materie gibt, die fruchtbarste Hypothese oder geeignetste Maxime der Spezialforschung ausschließlich auf naturwissenschaftlichem Gebiete, während weder der kritische Idealismus Kants noch der kritische Materialismus du Bois-Reymonds sich eine derartige Beschränkung auf die betreffenden Gebiete auferlegt. Der kritische Positivismus kennt als die einzige Art der wissenschaftlichen Forschung nur die Einzelforschung.

Die positiv-wissenschaftliche Ethik verwirft jede theoretische Philosophie oder dogmatische Metaphysik oder allgemeine d. h. philosophische Weltanschauung, weil diese eben keine für alle annehmbare Wahrheit zu bieten vermag, also wissenschaftlich nicht begründbar ist. Es kann daher die wissenschaftliche Ethik nicht auf allgemeine

---

Erklärung der Strafe gäbe, weil sie als Zurückführung der Strafe auf den Rachetrieb nur eine Äußerung des Selbsterhaltungstriebes sei, trifft bei dieser positiv-wissenschaftlichen Ethik nicht zu, weil ihre Art der Zurückführung der Strafe beziehungsweise Vergeltung auf Urgeschichte und Psychologie auf dem durch diese Methode gewonnenen Grundprinzip der Ethik beruht, also nicht egoistisch, sondern ethisch ist.

dogmatiſche-metaphyſiſche Vorausſetzungen gegründet werden, und dieſelbe wird darum nur eine poſitiv-wiſſenſchaftliche oder poſitiviſtiſche, alſo eine Einzelwiſſenſchaft, die ihre allgemeinen Vorausſetzungen von andern, allgemeineren Einzelwiſſenſchaften herholt, ſein können. Dementſprechend verwirft der kritiſche Poſitivismus auch alle ſpezielleren, ſei es bejahenden oder verneinenden, dogmatiſch metaphyſiſchen Vorausſetzungen der Ethik. Die einzige für die poſitiv-wiſſenſchaftliche Ethik unentbehrlich erſcheinende ſpeziellere Vorausſetzung iſt die determiniſtiſche auf eine wiſſenſchaftlich gehaltene empiriſche Pſychologie gegründete Willensfreiheit, deren Weſen uns noch im Laufe der Darſtellung beſchäftigen wird.

Was nun die Methode[18]) der poſitiv-wiſſenſchaftlichen Ethik anlangt, ſo kann dieſe, wie ſich ſchon aus dem bisher Geſagten ergibt, nur die induktive und ſpeziell die genetiſche ſein, welche die Entſtehung der Sittlichkeit auf ein allmähliches Werden, eine während ſehr vieler Jahrtauſende ſich vollziehende Entwicklung und Vererbung innerhalb des Menſchengeſchlechts und der Tiergeſchlechter zurückführt. Als beſondere Forderung ſtellt die poſitiv-wiſſenſchaftliche Ethik die auf, daß das Grundprinzip oder Fundament der Ethik ſo allgemein gehalten ſei, daß auch die wenigen, aber deutlichen, bei den Tieren vorkommenden ſittlichen Erſcheinungen durch dasſelbe erklärt werden.

Den Urſprung[19]) der Sittlichkeit führt die poſitiv-wiſſenſchaftliche Ethik auf die in der Urzeit ſtattgefundene Wechſelwirkung zwiſchen dem Menſchen, ſowie den beſeelten Weſen überhaupt und der unbeſeelten Natur und beſonders den Elementen zurück, die in erſter Reihe in ſchädlichen Eingriffen der letztern ins pſychiſche Leben der erſtern beſteht, welche ſtets zunächſt, ſei es direkt oder indirekt das Gefühlsleben dieſer treffen, und auf welche ſchädlichen Eingriffe alsdann die Reaktion des Menſchen, ſowie der beſeelten Weſen überhaupt gegen die unbeſeelte Natur und beſonders die Elemente oder die unbeſeelte objektive Außenwelt erfolgt. Unter dieſen ſchädlichen Eingriffen der Elemente ins pſychiſche Leben ſind hauptſächlich die Eiszeit, Überſchwemmungen, Orkane, Hagel, Blitzſchlag, vulkaniſche Eruptionen, Lawinenſtürze, Waldbrände, Erd-

[18]) Wilhelm Stern, a. O., (Grundlegung der Ethik) S. 237—248.

[19]) Wilhelm Stern, a. O., S. 266—301. Vgl. auch Wilhelm Stern, Die allgemeinen Prinzipien der Ethik auf naturwiſſenſchaftlicher Baſis, Berlin 1901, welchen die obige Darſtellung hauptſächlich entnommen iſt.

beben usw. zu verstehen. Aus diesem gemeinsamen Leide und dieser in der Urzeit unzählige Male gemeinschaftlich geübten Abwehr von seiten der Menschen und beseelten Wesen überhaupt entwickelte sich im Laufe sehr vieler Jahrtausende im Menschen und den Tieren ein mehr oder weniger deutliches Gefühl der Zusammengehörigkeit mit allen andern beseelten Wesen den schädlichen Eingriffen der unbeseelten objektiven Außenwelt gegenüber. Ferner entwickelte sich aus diesem gemeinsamen Leide und dieser gemeinschaftlichen Abwehr neben dem von der Natur gesetzten Selbsterhaltungsstreben ein von einem Groll, einer gegensätzlichen, feindlichen Stimmung gegen diese schädlichen Eingriffe der unbeseelten Natur und besonders der Elemente getragener objektiver d. h. auf etwas Unpersönliches, Sachliches oder Allgemeines gerichteter Trieb zur Abwehr dieser schädlichen Eingriffe ins psychische Leben überhaupt, der Grundstock des sittlichen Triebes. Dieser hat sich allmählich weiter vererbt und zum objektiven Triebe zur Abwehr aller schädlichen Eingriffe der sowohl unbeseelten, als auch beseelten objektiven Außenwelt ins psychische Leben erweitert, so daß dieser Trieb zuletzt zum objektiven sittlichen Trieb zur Erhaltung des Psychischen in seinen verschiedenen Erscheinungsformen durch Abwehr aller schädlichen Eingriffe in dasselbe geworden ist, welcher das Wesen der Sittlichkeit oder das wirkliche Grundprinzip der Ethik ist. Die verschiedenen Erscheinungsformen des Psychischen zerfallen in subjektive und objektive. Zu den erstern gehört einerseits das Einzelindividuum mit seinen drei psychischen Sphären, dem Denken, dem Fühlen und außer andern Willensregungen hauptsächlich dem bestimmten einzelnen Wollen, und anderseits das Individuum im großen oder der Staat mit seinen in analoger Weise sich betätigenden drei psychischen Sphären. Zu den objektiven Erscheinungsformen des Psychischen gehören die Schöpfungen der Kunst, der Technik und die literarischen Produkte, da sie ein Ausdruck des psychischen Lebens sind.

Vom Grundprinzip der Ethik wird alsdann die ethische Regel, d. h. der kurzgefaßte Inhalt dessen, was auf ethischem Gebiete geschehen soll, abgeleitet und ferner die Moral oder Lehre von der Sittlichkeit im engern Sinne, d. h. die Lehre von den Tugenden, Pflichten und dem höchsten Gut, sowie die Grundzüge der allgemeinen Rechts- und Staatslehre.

Haben wir damit die Grundlagen der positiv-wissenschaftlichen

Ethik wiedergegeben, soweit sie zum Verständnis der folgenden Ausführungen erforderlich sind, so können wir uns nunmehr unsrer eigentlichen Aufgabe zuwenden: der Darstellung der Entstehung und des Wesens (Begriffes) der Vergeltung beziehungsweise des Vergeltungstriebes, woran sich, und zwar nur als Ergänzung des Auszuführenden eine Erörterung des Wesens der Triebe und der Willensfreiheit knüpfen wird.

Wir haben bereits oben von der in der Urzeit stattgefundenen Wechselwirkung zwischen dem Subjekt, sowie den beseelten Wesen überhaupt und der unbeseelten Natur und besonders den Elementen gesprochen und hervorgehoben, daß diese Wechselwirkung in den schädlichen Eingriffen der letztern ins psychische Leben der erstern besteht, auf welche eine Reaktion oder Abwehr von seiten dieser gegen jene erfolgt. Diese schädlichen Eingriffe der objektiven Außenwelt im Sinne der unbeseelten Natur und besonders der Elemente haben nun zwei Eigentümlichkeiten, die bereits der Urmensch und ebenso auch die Tiere der Urzeit, wenn auch diese weniger deutlich als jene, wahrgenommen haben müssen. Erstens das plötzliche, unerwartete und gewaltsame Überfallen ihrer Opfer, der beseelten Wesen, welches ihnen die Möglichkeit einer Vorbereitung zum Kampfe und erfolgreichen Führung dieses Kampfes entzog. Zweitens, was für die hier behandelte Frage von ganz besonderer Bedeutung ist, die Unmöglichkeit jeder Gegenschädigung der unbeseelten Natur bei der Abwehr der ihnen stets Schmerz verursachenden oder Unlustgefühle in ihnen hervorrufenden schädlichen Eingriffe derselben in ihr psychisches Leben, da sie nicht empfindungsfähig ist. Dieses Fehlen jeder Gegenschädigung der unbeseelten Natur wurde dem Menschen besonders offenbar, wenn er den Kampf gegen diese mit seinem Kampf gegen die Raubtiere und starken Tiere überhaupt verglich: selbst wenn der Mensch nicht ihnen, sondern sie ihm den Kampf aufgedrängt hatten, waren die Tiere als empfindungsfähige Wesen der Gegenschädigung durch die volle Kraft des Menschen (in andern Fällen eines Tieres, mit dem sie kämpften) ausgesetzt, so daß auf Schmerz verursachende Schädigung eine ebenfalls Schmerz verursachende Gegenschädigung erfolgte, was bei der empfindungslosen unbeseelten Natur nie möglich war. Und gerade der Umstand, daß bei seinem Kampf mit den beseelten Wesen, d. h. Menschen und Tieren, auf Verletzung Gegenverletzung und Äußerung des Schmerzempfindens folgte, wodurch häufig schon ein Nach-

lassen des Kampfes bewirkt wurde, brachte es dem Urmenschen, der infolge der ihm in viel höherem Maße als den Tieren eignen geistigen Begabung sich mit den geeigneten Waffen und andern Mitteln auszurüsten lernte, zum Bewußtsein, daß er dem Kampf mit den beseelten Wesen gewachsen war. Dagegen mußte sich der Urmensch den schädlichen Eingriffen der unbeseelten Natur, den gewaltigen Naturereignissen gegenüber, machtlos fühlen und zwar sowohl wegen der Plötzlichkeit des durch diese erfolgenden Angriffs, als auch ganz besonders wegen der bei den empfindungslosen Elementen ausgeschlossenen Gegenschädigung. Dadurch, daß der Urmensch gewahr wurde, daß nicht bloß er, sondern alle beseelten Wesen unter der gleichen eigentümlichen Art des Kampfes der unbeseelten Natur und besonders der Elemente gegen sie zu leiden hatten, lernte er den Begriff der Gewalt kennen. Aber diese Unmöglichkeit oder das Fehlen jeder Gegenschädigung auf seiten der unbeseelten Natur in dem dem Urmenschen von derselben und besonders den Elementen aufgedrängten Kampf lehrte diesen noch einen andern (bei den Tieren ihrer geringen Intelligenz wegen nur sehr unvollkommen entwickelten) Begriff kennen: den der Vergeltung oder der Gerechtigkeit beziehentlich den der Ungerechtigkeit. Auf der einen Seite nahm der Urmensch, wie bereits ausgeführt, wahr, daß die schädlichen Eingriffe der unbeseelten Natur und besonders der Elemente ins psychische Leben bei ihm und den andern beseelten Wesen stets Unlustgefühl hervorriefen, während seine und der andern beseelten Wesen Reaktion oder Abwehr derselben keine Gegenschädigung jener zu bewirken vermochte. Auf der andern Seite aber kam es dem Urmenschen zum Bewußtsein, daß mit der Reaktion gegen einen schädlichen Eingriff eines beseelten Wesens in das psychische Leben eines andern beseelten Wesens oder Abwehr dieses Eingriffs, die in beiden Fällen zunächst die Fortsetzung resp. Wiederholung eines solchen Eingriffs zu verhindern bezweckt, stets untrennbar eine Gegenschädigung des den schädlichen Eingriff vollziehenden Menschen beziehungsweise beseelten Wesens überhaupt verbunden ist. In diesem letztern Fall ist also dem Wesen der Sache nach eine Vergeltung mit der Abwehr verbunden, im erstern Fall aber nicht. Dieser Unterschied mußte, als der Naturmensch oder Urmensch anfing, aus dem Naturzustande ins Kulturleben überzugehen, d. h. also als er angefangen hatte, sich auf sich selber zu besinnen, sich ihm sowohl ganz unmittelbar, als auch klar und

deutlich auf die bloße Wahrnehmung dieses Unterschiedes hin in seiner ganzen Wichtigkeit aufdrängen. Und in analoger Weise mußten auch die Tiere, wenn auch nicht in begrifflicher Klarheit, sondern gefühlsmäßig, diesen Unterschied ebenfalls auf die bloße Wahrnehmung hin kennen lernen. Aus diesem Unterschiede mußte sich sowohl beim Menschen als auch in analoger Weise bei den Tieren zunächst das Gefühl und der Begriff der Ungerechtigkeit und unmittelbar mit diesem verbunden der Gegensatz, nämlich das Gefühl und der Begriff der Gerechtigkeit entwickeln. Und dementsprechend auch der Trieb, da, wo es möglich war, nämlich dem Menschen und den beseelten Wesen überhaupt gegenüber, eine Gegenschädigung auf einen schädlichen Eingriff in ihr psychisches Leben zu bewirken, d. h. der Trieb zur Vergeltung oder der Vergeltungstrieb.

Und die Rache ist nichts andres als Vergeltung resp. Vergeltungstrieb neben der Abwehr, nur mit dem Unterschied, daß im Begriffe der Rache die nicht Schlag auf Schlag, sondern erst später eintretende Vergeltung resp. der erst später befriedigte Vergeltungstrieb liegt. Und die staatliche Strafe, um dies des Zusammenhanges wegen, in welchem wir uns hier befinden, zu bemerken, ist nichts andres, als die organisirte Rache, d. h. der Staat hat das Amt oder Geschäft der Racheübung aus den Händen des Einzelnen, sich zur Rache für berechtigt haltenden, genommen und sich selber vorbehalten, gemäß dem Wesen des Staates, welchem zufolge der Einzelne sich des Rechts der Selbsthilfe und der Racheübung überhaupt, abgesehen von der Notwehr, begeben und dies Recht der Staatsgewalt übertragen hat, wofür er den Schutz der letztern genießt.

Hiernach also ist bei der staatlichen Strafe, wie bei jeder Abwehr eines schädlichen Eingriffs eines Menschen oder beseelten Wesens überhaupt in das psychische Leben eines andern Menschen oder beseelten Wesens überhaupt mit der Reaktion oder Abwehr eines solchen schädlichen Eingriffs (Schutz- oder Zweckgedanke) stets und unabänderlich und unabtrennbar Vergeltung verbunden.

Wenn auch ursprünglich, von Natur her, mit jeder bewußten Abwehr auf einen schädlichen Eingriff eines beseelten Wesens in das psychische Leben eines andern beseelten Wesens unmittelbar und von selbst Gegenschädigung, d. h. Vergeltung verbunden ist, zunächst also bloß eine Gegenschädigung überhaupt in Frage kommt,

ſo hat ſich doch allmählich im Laufe vieler Jahrtauſende in dem Begriffe der Gegenſchädigung, jemehr der Sinn für Gerechtigkeit, der ſittliche Sinn im Menſchen ſich entwickelte, der Begriff einer relativen Äquivalenz eingefunden, die natürlich im einzelnen Fall nicht immer genügend zur Geltung kommen konnte, da der Einzelne in ſeinem Affekt ſehr leicht dieſe Grenze überſchreiten kann. Und die Aufgabe, dieſe Grenze einzuhalten, hat eben der Staat übernommen. Es ſei daher an dieſer Stelle bemerkt, daß nicht bloß das rein egoiſtiſche Streben der Einzelnen, Schutz in und beim Staat zu finden, ſondern auch das ideale Streben des inzwiſchen zu einem relativ ſittlichen Weſen herangereiften Menſchen, es zu vermeiden, dieſe Grenze blindlings in ſeinem Affekt zu überſchreiten, die Einzelnen veranlaßt hat, ſich in ein Staatsleben zu begeben. Dies hat natürlich mit der uns hier beſchäftigenden Frage direkt nichts zu tun, zeigt aber, wie in der ſtaatlichen Strafe mit der Abwehr, d. h. dem Zweckgedanken des Schutzes derjenige der relativ gerechten Vergeltung untrennbar verbunden iſt. Wir ſagen: relativ gerechten Vergeltung, weil es erſtens überhaupt keine abſolute Gerechtigkeit für Menſchen gibt und zwar wegen der Unfähigkeit der menſchlichen Sinnestätigkeit und des menſchlichen Urteils. Zweitens wird immer nur eine relative Äquivalenz der Strafe mit dem begangenen ſchädlichen Eingriff in das pſychiſche Leben des Einzelnen oder der Geſamtheit, d. h. Tat (Verbrechen) und Geſinnung[20]) an ſich möglich ſein, weil die Mittel, deren ſich die ſtaatliche Strafe bedient, und die Umſtände, unter denen der Staat Verbrechen beſtraft, dem Weſen der Sache nach nur in den ſeltenſten Fällen gleich ſein können denjenigen Mitteln, mit welchen der Verbrecher die Tat, und denjenigen Umſtänden, unter denen er ſie begangen hat. Was den letztern Punkt betrifft, ſo ſei nur daran erinnert, daß der Verbrecher ſtets das Verbrechen in einem aufgeregten Zuſtand begeht, während der Richter im Staat mit ruhiger Beſonnenheit urteilt und ſtraft.

Es handelt ſich alſo nach dem Geſagten um eine relativ äquivalente Vergeltung, nicht aber um eine proportionale Gerechtigkeit.

[20]) Nach der hier dargeſtellten Lehre iſt das Strafgeſetz überhaupt ſeinem Weſen nach gegen den bei einer großen Anzahl von Menſchen ſtets bereiten Willen gerichtet, ſchädliche Eingriffe in das pſychiſche Leben andrer zu vollziehen, d. h. Verbrechen zu begehen, woraus folgt, daß die Strafe auch gegen die Geſinnung des einzelnen Staatsangehörigen abwehrend gerichtet iſt, da dieſe letztere ja nur die dauernde Grundlage der Willensbetätigung iſt.

Digitized by Google

Was nun diesen Begriff der sogenannten proportionalen Gerechtigkeit, der nach andern im Begriff der strafrechtlichen Vergeltung liegen soll, betrifft, so liegt dieser durchaus nicht im Begriff der Vergeltung. Vielmehr ist die proportionale Gerechtigkeit der strafrechtlichen Vergeltung sowohl in dem Sinn, daß die Strafe in der strengsten Bedeutung des Wortes äquivalent sei der begangenen Tat, also dem einzelnen Verbrechen, d. h. daß im strengsten Sinn des Wortes auf das größere Verbrechen auch die größere Strafe folge, als auch selbst in dem Sinn, daß in der strengsten Bedeutung des Wortes die Strafe dem einzelnen Verbrechen plus Gesinnung äquivalent sei, zu verwerfen. Stets nur kann es sich vielmehr, wenn man, wie es hier geschieht, die Vergeltung von der Abwehr herleitet, um eine relativ gleiche oder ähnliche, d. h. relativ äquivalente Zufügung eines Unlustgefühls handeln, wie es der Übeltäter zuerst einem andern Menschen zugefügt hat, da bereits mit der primitiven egoistischen Abwehr von Natur her die Vergeltung verbunden ist. Diese hat sich aber erst allmählich zum zunächst anethischen (sittlich gleichgiltigen) Vergeltungstriebe entwickelt, der mit dem später sittlich gewordenen Teil der Abwehr, soweit er eben mit diesem Teil der Abwehr verbunden ist, einen ebenfalls sittlichen Charakter angenommen hat.

Hieraus folgt, daß es schon von vornherein im Wesen des Begriffs der Vergeltung liegt, daß, wie v. Liszt[21]) sehr richtig hervorhebt, die Vergeltung nicht im stande ist, den Unterschied zwischen bürgerlichem und kriminellem Unrecht anzugeben, der begrifflich an sich in Wahrheit auch nicht existirt. Denn, wie sollte auch der Begriff der Vergeltung den Unterschied zwischen bürgerlichem und kriminellem Unrecht hergeben können, wenn er selber sogar in dem Sinn eine vox media ist, daß er sowohl Entgelt für angetane Unlust (entweder sofortige Gegenschädigung, oder später eintretende Gegenschädigung, d. h. Rache, resp. staatlich organisierte Rache oder Strafe), als auch für angetane Lust (Dankbarkeit) bedeutet. Vermag aber die Vergeltung den in Rede stehenden Unterschied zwischen bürgerlichem und kriminellem Unrecht nicht anzugeben, so kann sie erst recht nicht geeignet sein, Art und Maß der Strafe zu bestimmen. Daraus ergibt sich ganz unmittelbar, daß sowohl der Unterschied zwischen bürgerlichem und kriminellem Unrecht, als auch

[21]) v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S. 16.

die Bestimmung der Art und des Maßes der Strafe anderswoher geholt werden muß, und zwar vom Schutzgedanken oder vom Begriff der Abwehr — aber, wie sich aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt, eingeschränkt durch den Begriff der relativen Äquivalenz, der im Begriff der Vergeltung liegt.

Was leistet denn nun überhaupt die Vergeltung (beziehungsweise der Vergeltungstrieb)? Sie bewirkt erstens, daß eine Abwehr niemals unterlassen werde, d. h. daß überhaupt ein Verbrechen nicht unbestraft bleibe. Zweitens aber setzt die Vergeltung dem Zweckgedanken des Schutzes der Gesellschaft eine Grenze, d. h. es darf z. B. der bloßen Gesinnung wegen ohne Vorliegen eines bestimmten einzelnen Verbrechens keineswegs ein Mensch unschädlich gemacht werden[22]).

Wir schließen diesen Teil unsrer Darstellung mit folgender Definition des Begriffes der Vergeltung: Vergeltung ist die reaktive Erregung von relativ äquivalenter Lust oder Unlust von seiten des Empfängers einer Lust beziehentlich Unlust beim Erzeuger derselben[23]).

War in den bisherigen Ausführungen wiederholt von dem Vergeltungs*triebe* die Rede, so ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, als Ergänzung der vorausgegangenen Darlegungen etwas näher auf das Wesen der Triebe einzugehen. Damit ist auch den nachstehenden sich mit dem Begriff der Triebe beschäftigenden Erörterungen die Grenze gezogen. Im Anschluß an die bezüglichen Ausführungen[24]) in Wilhelm Sterns positivistischer Ethik gelangt man in Übereinstimmung mit Herbert Spencer zu dem Begriff der eigentlichen Triebe durch Verbindung des Gesetzes des abschwächenden oder aufhebenden Einflusses der Gewohnheit und Übung auf das Bewußtsein bei den Handlungen mit dem Gesetz der Vererbung. Zunächst sind nämlich diejenigen unwillkürlichen

---

[22]) Dies hält Mittelstädt (Schuld und Strafe, Gerichtssaal Bd. 47, S. 12) für zulässig.

[23]) Es sei bemerkt, daß die Vergeltung resp. der Vergeltungstrieb zunächst weder antiethisch (unsittlich) noch ethisch (sittlich), sondern anethisch, d. h. des sittlichen Inhalts entbehrend oder sittlich gleichgiltig ist, also bei einer von einem Individuum vollzogenen gewöhnlichen, rein egoistischen Abwehr eines schädlichen Eingriffs in seine materiellen Güter anethisch ist. Dahingegen ist die Vergeltung ethisch, sobald es sich um eine sittliche Abwehr, d. h. einen schädlichen Eingriff in irgend eine Erscheinungsform des Psychischen handelt.

[24]) Wilhelm Stern, a. O. (Grundlegung der Ethik), S. 266—301.

Tätigkeiten, welche auf einem von der Natur präformierten Mechanismus beruhen und den Namen der primitiven Reflexbewegungen führen, von den Trieben auszuschließen. Ebenso sind von den eigentlichen Trieben auszuschließen jene ursprünglich willkürlichen, also bewußten, aber durch Gewohnheit und Übung im Laufe sehr vieler Jahrtausende zu sekundären Reflexbewegungen, also unwillkürlich gewordenen und weiter vererbten Tätigkeiten, die im wesentlichen in der Sphäre des eignen Körpers bleiben und gewöhnlich darauf ausgehen, einen den Körper treffenden Insult oder eine Unbequemlichkeit zu beseitigen, oder eine übermäßige Nervenerregung abzuleiten, wohin (im Anschluß an Charles Darwin) der Ausdruck der Gemütsbewegungen beim Menschen und den Tieren gehört. Zu den eigentlichen Trieben sind demnach nur diejenigen Willensanlagen zu rechnen, welche zu einer gewissen Art von auf die Außenwelt gerichteten und dort eine sachliche Wirkung oder Veränderung hervorbringenden Tätigkeiten, also zu einer gewissen Art von Handlungen führen. Beachtenswert ist, daß hierbei großes Gewicht auf den psychologischen Begriff der Handlung[25]) gelegt wird, deren Wesen stets in einer auf eine sachliche Veränderung der Außenwelt ausgehenden willkürlichen Tätigkeit besteht. Alle andern willkürlichen Tätigkeiten also, die nur eine formelle[26]) Veränderung der Außenwelt beabsichtigen und bewirken, wie z. B. die künstlerische Tätigkeit, und ebenso auch alle in der Sphäre des eignen Körpers bleibenden willkürlichen Tätigkeiten, die wir eben erwähnt haben, gehören hiernach nicht zu den Handlungen. Die eigentlichen Triebe sind demnach erst aus den bewußten oder willkürlichen und darum mit einer vom Handelnden besessenen klaren Kenntnis ihres Zweckes verbundenen Handlungen entstanden, und zwar durch sogenannte erst verhältnismäßig spät eingetretene Mechanisierung dieser Handlungen. Diese Mechanisierung ist mit großer Wahrscheinlichkeit als eine Verringerung der Widerstände in den Bahnen des Zentralnervensystems und des Nervensystems überhaupt für den schnelleren Ablauf der entsprechenden Vorgänge, herbeigeführt durch im Lauf sehr vieler Jahrtausende sich geltend machende Gewohnheit und Übung, aufzufassen. Und es ist um so

[25]) Auf den näheren Begriff der Unterlassungen einzugehen, würde in unserm Zusammenhange zu weit führen.

[26]) Diese speziellere Unterscheidung zwischen „formell" und „sachlich" ist für unsern Zusammenhang, wie begreiflich, nicht von einschneidender Bedeutung.

wichtiger, auf die oben in gedrängter Kürze wiedergegebenen Unterscheidungen zu achten, als sehr viele namhafte Autoren[27]) den Unterschied zwischen denjenigen sogenannten Reflexbewegungen, welche keine Handlungen, sondern nur bloße willkürliche Tätigkeiten sind, und den eigentlichen Trieben nicht machen, indem sie nämlich alle sekundären Reflexbewegungen Triebe nennen — von den Autoren zu schweigen, welche das Wort „Trieb" sogar so allgemein nehmen, daß sie selbst die primitiven Reflexbewegungen Triebe nennen. Als Ergebnis dieses Teiles unsrer Ausführungen stellt sich folgende Definition der Triebe dar: Triebe sind allmählich aus ursprünglich bewußten Handlungen früherer Individuen durch Gewohnheit und Übung hervorgegangene, demnach von diesen erworbene, durch unzählige Generationen weiter vererbte und ihren dauernden körperlichen Ausdruck in der ererbten Organisation findende Willensanlagen, welche zu mehr oder weniger komplizierten Gruppen von Handlungen führen, deren einzelne Phasen oder Handlungen zwar bewußt sind, die aber als Ganze, d. h. ihrem Sinn, Ziel oder Zweck nach unbewußt sind.

Angesichts dieser Definition der Triebe könnte der Einwand erhoben werden, daß nach dieser Theorie bei der Abwehr, da sie aus einem Triebe fließt, vom Zweckgedanken nicht die Rede sein könne, weil das jetzt handelnde Individuum ja den wahren Sinn, Ziel oder Zweck der Handlung nicht kennt, da diese eben aus einem Triebe fließt. Dieser Einwand trifft aber nicht zu. Denn die Meinung ist die, daß das Individuum, während es die Abwehr vollzieht, aus einem andern Zweck heraus zu handeln glaubt, als dem wirklichen, nämlich aus dem Zweck heraus, für ein bestimmtes beseeltes Wesen, resp. für die Erhaltung eines Gutes, in welchem sich das psychische Leben ausdrückt (objektive Erscheinungsform des Psychischen), abwehrend zu kämpfen.

Es ist klar, daß, wie es ja auch der Gegensatz zwischen den schädlichen Eingriffen der unbeseelten Natur und besonders der Elemente ins psychische Leben zu den schädlichen Eingriffen des Menschen und der beseelten Wesen überhaupt ins psychische Leben

[27]) Vgl. besonders Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878, S. 91 und die viel citierten Worte Posts (Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, Bd. I, Oldenburg 1880, S. 141) über das Rachegefühl als einer tellurisch-organischen Äußerungsform eines allgemeinen kosmischen Gesetzes.

ergibt, von Vergeltung nur die Rede sein kann gegenüber den beseelten Wesen, d. h. den Menschen und den Tieren, von welchen letztern in diesem Zusammenhange aber abgesehen werden soll. Beim Menschen allein kann von voller resp. unvollkommener Zurechnungsfähigkeit, die vom Begriff der Vergeltung nicht zu trennen ist, die Rede sein, denn wo keine Zurechnungsfähigkeit ist, da ist auch keine Schuld, und wo keine Schuld, keine Vergeltung — wenigstens auf einer Stufe, auf welcher überhaupt von Gerechtigkeit die Rede sein kann. Geisteskranke z. B. besitzen keine Zurechnungsfähigkeit, sie haben darum keine Schuld, ihnen gegenüber gibt es keine Vergeltung, sondern wir suchen sie zu heilen. Denn bei den Geisteskranken fehlt die normale Bestimmbarkeit durch innere psychische Kräfte, d. h. innere Motive. Dies führt uns notgedrungen auf das Wesen der Willensfreiheit. Ein näheres Eingehen auf dies gewaltige Problem verbietet sich an dieser Stelle von selbst. Nur als von einer Ergänzung der vorangegangenen Ausführungen kann hier von der Willensfreiheit, welche wir oben als die einzige unentbehrliche speziellere oder nähere Voraussetzung der positiv-wissenschaftlichen Ethik bezeichnet haben, die Rede sein. Unter Verwerfung des auch als Grundlage des Strafrechts unbrauchbaren Indeterminismus und des mechanistischen Determinismus, welcher, wie derjenige der Materialisten und Spinozas, die Willensfreiheit vollständig negiert, indem er den Menschen zum bloßen Naturwesen macht, und sich als reiner Fatalismus darstellt[28]), vertritt die positiv-wissenschaftliche Ethik[29]) einen Determinismus nach Art desjenigen Herbarts und Benekes, die durch eine wissenschaftlich gehaltene empirische Psychologie begründbare Willensfreiheit. Ihr Wesen liegt in der Nichtbestimmbarkeit des Willens durch äußere Motive und ausschließlichen Bestimmbarkeit durch innere Motive, d. h. durch innere psychische Kräfte aller drei psychischen Sphären. Danach ergibt sich folgende Definition der Willensfreiheit: Willensfreiheit ist die Bestimmbarkeit des Willens nicht durch äußere Motive, sondern durch die zum dauernden Besitzstande der Seele gehörenden, nur ihrer eignen Kausalität

[28]) Hierbei sehen wir von dem fatalistischen Determinismus der Theologen, wie z. B. desjenigen von Augustinus und Luther ab.

[29]) Wilhelm Stern, a. O. (Grundlegung der Ethik), S. 266—301. Vgl. auch Wilhelm Stern, Meine Auffassung der Willensfreiheit, im Bericht des IVe Congrès international de Psychologie, Paris 1901, S. 365 ff.

unterworfenen inneren, pſychiſchen Kräfte ſowohl der Vorſtellungs- und Verſtandesſphäre, als auch der Gefühlsſphäre, als auch der Willensſphäre, von welchen Kräften die ererbten und die eine allgemeine Bedeutung beſitzenden ſtärker, als die erworbenen und die nur eine ſinguläre Bedeutung beſitzenden beim normal angelegten und normal entwickelten Individuum ſind.

Die vorſtehenden Ausführungen haben, wie wir geſehen, den Beweis für die innere Notwendigkeit der Zuſammengehörigkeit der Vergeltung mit dem in der Abwehr zum Ausdruck kommenden Zweck- oder Schutzgedanken zu erbringen verſucht. Und wie van Calker, deſſen Anſicht im Reſultat mit der hier dargeſtellten Auffaſſung übereinſtimmt, über eine bloße Vereinigung zwiſchen den von ſo Vielen als Gegenſätze hingeſtellten Gedanken der Vergeltung und des Schutzes hinauskommt, dieſe beiden Gedanken vielmehr als in voller Harmonie reſp. in untrennbarem, inneren Zuſammenhange miteinander ſtehend bezeichnet, ſo auch die in der vorliegenden Abhandlung wiedergegebene Auffaſſung. Nur beruht dieſe innere Zuſammengehörigkeit beider Gedanken, wie wir geſehen haben, nicht darauf, daß, wie van Calker ausführt, der bei ihm die Hauptrolle ſpielende Vergeltungsgedanke notwendig Zweckbeziehungen einſchließt, ſie hat ihren Grund vielmehr darin, daß umgekehrt die Abwehr das Primäre iſt, und ſtets untrennbar mit ihr als das Sekundäre die Vergeltung verbunden iſt.

3.

Frhr. Alexander Hold von Ferneck: Der Begriff der Rechtswidrigkeit*).

Von Dr. Alexander Graf zu Dohna in Halle a. S.

Die Zeit, da die fachwissenschaftliche Dogmatik aus sich heraus alle ihr begegnenden Probleme glaubte lösen zu können, ist endgültig vorüber. Die Einsicht in die Wechselbeziehungen der unserm Erkennen zum Stoffe dienenden empirischen Daten, das Bewußtsein von der schließlichen Einheitlichkeit des uns erscheinenden Mannigfaltigen, zwingen zu gegenseitiger Verständigung. Der ist Meister, welcher zwischen der durch das unaufhörliche Anwachsen des Stoffs und die Unzulänglichkeit der eignen Kräfte gebotenen Arbeitsteilung und der im Interesse wahrer, einheitlicher Erkenntnis gebotenen Universalität das rechte Gleichgewicht herzustellen weiß. Die Fachwissenschaft selber aber hat die Höhe der von ihr einzunehmenden Warte abzumessen unter gleichmäßiger Berücksichtigung der Notwendigkeit eines freien Überblicks über das ganze wissenschaftliche Gebiet und gründlicher Beherrschung aller Vorgänge innerhalb der ihr speziell zugewiesenen Domäne.

Es darf für die in dieser Hinsicht gerade jetzt herrschende Unsicherheit als typisch gelten, wenn der Verfasser im Eingange seiner Untersuchung des Begriffs der Rechtswidrigkeit einen negativen Kompetenzkonflikt konstatiert: „Die Kriminalisten schieben die Frage — zum Teil mit Recht — der allgemeinen Rechtslehre zu; diese hingegen überläßt seine Behandlung der Strafrechtswissenschaft, die, wie es den Anschein haben könnte, als das spezifische ‚System des Unrechts' an der Frage in erster Linie interessiert ist" (S. 4). Nun kann aber offenbar „ein Urteil darüber, was rechtswidrig, ‚wider das Recht' ist, erst abgegeben werden, wenn man weiß, was ‚Recht' ist" (ebenda). Von dem Begriff des Rechts handelt denn auch der erste Abschnitt. Der ihr (auf S. 8) verliehenen Signatur gemäß ist diese Untersuchung „eine weitausholende Betrachtung von den verschiedensten Seiten her"; und es enthält dieser die starke Hälfte des ganzen Bandes füllende erste Teil eine solche Fülle anregender Gedanken, es werden hier so

*) Vgl. Z XXIII 597 f.

viele große Probleme teils gestreift, teils eingehender erörtert, seltener natürlich erschöpft, daß die Notwendigkeit der Beschränkung auf die maßgebenden Gesichtspunkte für den Referenten eine Entsagung und doch wieder eine Wohltat bedeutet: wo sollte sonst ein Ende gefunden werden?

Dem § 1 („Die Reduktionsmethode") entnehmen wir die folgenden beiden, für das weitere Verständnis wesentlichen Leitsätze. Erstens: Das Recht ist reale Macht und tritt als rein subjektive Macht — als Rechtsbewußtsein — im freiwilligen rechtmäßigen Handeln, als objektive Macht — als Rechtszwang — im rechtmäßigen Handeln des Widerstrebenden zu Tage (S. 12) — durchaus entsprechend der doppelten Natur des Menschen als Glied der Gesamtheit und als Individuum, wie sie sich uns je nach der von uns angewandten Betrachtungsweise, der phylogenetischen, beziehungsweise ontogenetischen, ergibt. Zweitens: Das Recht ist ein System von Beziehungen unter Menschen; demnach muß jeder Rechtsbegriff in letzter Linie auf Beziehungen zwischen einzelnen Menschen zurückgeführt werden können (S. 16, 17). So ist in dem Urteil: eine Handlung ist rechtswidrig, eine Beziehung zwischen mindestens zwei Menschen bereits mitgedacht, und das Urteil: jemand ist berechtigt oder verpflichtet, stellt sich logisch als Relationsurteil dar. — Im § 2 („Die Trennungsmethode") wird die Notwendigkeit der Scheidung von Form und Inhalt des Rechts betont. Seinen Inhalt bildet der Interessenschutz; der Form nach erscheint es als System von Beziehungen, als Komplex von Normen, als Inbegriff von hypothetischen Urteilen (S. 21). Im Einklang hiermit steht die Unterscheidung eines konstanten und eines variablen Faktors innerhalb des Rechts. Die theoretische Betrachtung aber hat zunächst von allem Inhalt abzusehen und sich auf die Fixierung der Form zu beschränken (S. 24). Auffallenderweise postuliert aber unmittelbar darauf (im § 3) der Verfasser eine prinzipielle „Einschränkung des Rechtsbegriffs" von seiten seines Inhalts her. Nur insoweit es Interessen schütze, könne ihm die Bezeichnung „Recht" zugebilligt werden; denn nur auf dieser seiner Funktion beruhe das wahrhafte Kriterium allen Rechts: die allgemeine Anerkennung, wobei wiederum mit der Allgemeinheit nicht die Summe der Einzelindividuen gemeint ist, sondern die Gruppe.

„Einen Rechtsgrund des Rechts kann es, außer in dem Sinne des letzten Zwecks, nicht geben," so lesen wir auf S. 30, und wenige Zeilen davor: „den letzten Zweck des Rechts kann die Wissenschaft nicht angeben." Ob diese Sätze angesichts der Versuche Stammlers, „das Recht des Rechts" formal-logisch, und Iherings, „den Zweck des Rechts" auf empirischem Wege nachzuweisen, nicht allzu apodiktisch gehalten sein dürften, mag dahingestellt bleiben. Als wissenschaftlich erkennbarer „Zweck des Rechts" (§ 4) hat sich dem Verfasser bereits „der Interessenschutz" (§ 5) ergeben, und damit ist gleichzeitig die Basis gefunden, auf der sich neben dem Recht die übrigen „ethischen Mächte" (§ 6) aufbauen. „Der Wille des Menschen ist seiner innersten Natur nach Streben aus Unlust nach Lust" (S. 36). Dieser an sich

durchaus berechtigten, „egozentrischen" Veranlagung des Menschen ihren unberechtigten, eigentlich „egoistischen" Charakter zu nehmen, ist eben die Funktion der ethischen Mächte, welche hierzu des rechtlichen Zwangsapparats nicht entraten können. — Der ethischen Mächte gibt es vier: Religion, Moral, Sitte, Recht; ihnen sind gemeinsame Momente: die gleiche logisch-psychologische Struktur, der normative Charakter und die Funktion des Interessenschutzes. Bei ihrer Vergleichung gilt es, das Inkommensurable auszuschalten; danach sind sie einer solchen zugänglich, insofern sie Regeln aufstellen, insofern diesen Regeln soziale Natur eignet und insofern sie als objektive Mächte in Betracht kommen. Somit scheidet aus dem Gebiet der Moral die autonome aus, und nur die heteronome darf als Parallele herangezogen werden. — Während der Verstoß gegen Religion und Moral den inneren Menschen tangiert, trifft der Verstoß gegen das Rechtsgebot den Nebenmenschen. Ein solcher Verstoß ist daher nur von seiten des Individuums und nur deshalb möglich, weil das Recht nicht individualisiert. „Der Gruppenangehörige kann die Rechtsnorm garnicht übertreten" (S. 46). — Konnte eine Behandlung der ethischen Mächte auf einem Raum von 14 Druckseiten schon nicht mehr als eine Skizze abgeben, so müssen vollends für den augenblicklichen Zweck diese wenigen Andeutungen genügen.

Mit frischem Mut wendet sich der Verfasser im § 7 der Aufgabe zu, „die Stellung des Rechts zum Problem der Willensfreiheit" abzuhandeln. Seine auf reichem literarischem Material fußenden, streng wissenschaftlichen Deduktionen verbinden sich mit einer gewissen persönlichen Begeisterung zu einer wahrhaften Apotheose des Determinismus. Er läßt es sich nicht verdrießen, denselben noch einmal vor Verwechselung mit den Weltanschauungen des Materialismus, Anarchismus, Sozialismus und Fatalismus sicher zu stellen, kurz alle Windmühlen zu verteidigen, gegen welche vom indeterministischen Lager aus immer von neuem Angriffe versucht werden. — Noch anerkennenswerter aber ist die Ehrlichkeit, mit der er feinerseits sich dem Gegner stellt; allen Kompromißversuchen gegenüber betont er die Ausschließlichkeit der Alternative: „Nichts darf davor zurückschrecken, jede Konsequenz voll und ganz zu ziehen, die gezogen werden muß" (S. 54). Daß er deren aber auch solche zieht, die nicht gezogen zu werden brauchen, ja die garnicht gezogen werden dürfen, das möge mir gestattet sein, an drei Fällen in Kürze nachzuweisen. Da lesen wir (auf S. 59): „Man beruft sich darauf, daß der Determinismus ‚nur' Denkform sei, die ja über die Erscheinungen nichts aussage. . . . . Man übersieht hierbei, daß das Kausalitätsgesetz ein ganz bestimmtes Urteil über . . . das Vorhandensein von Kräften enthält. Wo immer ein Willensakt erfolgt, sagt der Determinist: Hier wirkte eine Ursache, es war eine Kraft lebendig — ein Urteil, das der Indeterminismus eben nicht fällt." Demgegenüber muß nachdrücklichst betont werden, daß wer über die in der Außenwelt wirkenden Kräfte als solche etwas aussagt, mehr behauptet, als er weiß und je wissen wird, er sei nun

Bekenner oder Leugner der Willensfreiheit. Das Kausalgesetz zwingt nur uns zu bestimmter Erkenntnisweise: ob die so erkannten Ursachen die so erkannten Folgen „erzwingen", „bewirken," darüber können wir nichts aussagen. Nicht also, daß auch die menschlichen Handlungen dem Kausalgesetz unterliegen, sondern, daß auch sie nur mittels Unterordnung unter dasselbe unsrer Erkenntnis zugänglich werden, ist die einzig richtige Meinung. Das Kausalgesetz ist nicht objektive Voraussetzung des Phänomens, sondern subjektive Voraussetzung seiner Einordnung in unser Bewußtsein. Deshalb gerade ist es ohne Widerspruch möglich, neben dem empirischen Determinismus am transzendentalen Indeterminismus festzuhalten, nur daß dieser ein persönliches Glaubensbekenntnis, jener eine wissenschaftliche Erkenntnis bedeutet. — Das zweite ist vielleicht lediglich eine terminologische Differenz: „Der Zwang ist nicht etwa notwendiger als die Notwendigkeit, die Notwendigkeit nicht weniger zwingend als der Zwang" (S. 56). Soweit ist unbedingt zuzustimmen; nicht aber, wenn es dann weiter heißt: „In der Tat nun ist der Unterschied zwischen Zwang und Notwendigkeit . . . für die formaljuristische Konstruktion . . . völlig irrelevant" (S. 57). „Jedes Verbrechen erfolgt . . . . unter unwiderstehlichem Zwange" (S. 72). Es wird hier übersehen oder kann wenigstens sehr leicht übersehen werden, daß die Gleichsetzung von Notwendigkeit und Zwang nur berechtigt ist, insoweit die ausschließliche Gültigkeit, die unbedingte Wirksamkeit des Kausalgesetzes in seinen mannigfachen Erscheinungsformen das tertium comparationis bildet. Im übrigen aber ist doch die Verschiedenartigkeit des Motivationsgesetzes und der mechanischen Kausalität eine so fundamentale, daß auf ihr in der Tat die formaljuristische Konstruktion der Strafrechtslehre fußt. So oft wir innerhalb der Kausalkette, welche sich von der prima causa bis zu dem relevanten Erfolge hinzieht, zwei anschließende Glieder gewahren, welche sich als Motiv und als Willensentschluß kennzeichnen, so haben wir die Herrschaft des Motivationsgesetzes festgestellt im Gegensatz zur mechanischen Kausalität, in deren Ablauf eben jene beiden Glieder fehlen. Nur eine willkürliche Körperbewegung aber nennen wir Handlung und nur zu einer Handlung ist Zurechnung möglich. Dies also ist die Schake, an welcher das Strafrecht in die geschlossene Kette naturwissenschaftlicher Erkenntnis einzuhängen ist. Diese Möglichkeit gibt man auf, sobald man die Bedeutung jenes Unterschiedes ignoriert, und man erschwert sie sich, wenn man die von der Sprache intuitiv bereitgestellten Mittel der Verständigung geringschätzig von der Hand weiset. Über den Wert des Terminus „psychologische Willensfreiheit" mag man streiten; der Begriff ist klar: er bezeichnet, daß die Bahn frei ist, auf welcher das Kausalgesetz als Motivationsgesetz in Funktion treten kann, während die Anerkennung der „metaphysischen Willensfreiheit" der Entfaltung des Kausalgesetzes jede Bahn versperrt. — Und nun zum dritten: Indem Verfasser die Unterstellung zurückweiset, als könne vom deterministischen Standpunkt aus das Strafrecht nicht befriedigend konstruiert werden, dreht er den

Spieß um: „Wird aber, wie dargelegt, vom Indeterminismus folgerichtig die Möglichkeit der Einwirkung auf den menschlichen Willen geleugnet, dann müssen nach dieser Auffassung alle ethischen Mächte darniederfallen Von einem ursachlosen Willen prallen die Normen des Rechts, der Moral, der Religion und der Sitte machtlos ab" (S. 71). Das geht viel zu weit. Einmal leugnet der Indeterminismus garnicht die Möglichkeit, sondern nur die Notwendigkeit einer Einwirkung auf den menschlichen Willen. Auch er kennt vernunftmäßiges Wollen; auch er spricht von einer dem Charakter adäquaten Handlung; niemals ist es einem Indeterministen eingefallen, den Begriff der motivierten Handlung zu leugnen. Das mag inkonsequent sein; umsomehr aber erscheint es zwecklos, die vom Gegner nicht gezogenen Konsequenzen ad absurdum zu führen. Aber hier liegt außerdem ein Mißverständnis vor: auch der Indeterminist setzt bei jeder Handlung ein Motiv voraus; er behauptet aber, der Mensch könne und solle aus sich heraus Motive setzen. Die „causa sui" also zerreißt nach dieser Meinung die Kausalkette nicht erst vor dem Willensakt, sondern vor der Motivsetzung! Sodann aber, selbst wenn es richtig wäre, daß jede Motivierbarkeit des Willens vom Indeterminismus geleugnet würde, so wäre er noch immer in der Lage, mittels des Vergeltungsbegriffs einen durchaus logischen Aufbau des Strafrechts zu liefern. Der Mensch ist frei, das gute und das böse zu wählen; wählt er das böse, so wird ihm mit bösem vergolten, eben weil er auch das gute hätte tun können und sollen. Es ist unmöglich, die Strafe knapper und klarer zu begründen. Freilich mag diese Begründung unbefriedigend erscheinen; auch als tatsächlich falsch erkannt werden, weil auf falscher wissenschaftlicher Basis ruhend; logisch aber läßt sich in ihr ein Fehler nicht nachweisen.

Durchaus auf deterministischer Grundlage wird nun weiter „die Idee der Pflicht" (§ 8) aufgebaut. Von außen tritt das ethische Gebot an den einzelnen Menschen heran mit einem autoritativen: ich will! Hiergegen protestiert der sich frei fühlende Einzelwille: ich will nicht! Worauf der Befehlende kategorisch fordert: du sollst! und es nun dem Menschen freisteht, zu handeln, wie er will oder wie er soll. Der Determinist aber bedient sich jenem: ich will! gegenüber des nicht so leicht abzufertigenden Einwands: ich kann nicht: in welchem Falle dem Befehlenden nichts andres übrig bleibt, als die Sachlage der Motive zu ändern, bis der Verpflichtete dem Gebote nachkommen kann und nun aber auch muß. Während er eben noch gezwungen widerstrebte, gehorcht er nunmehr gezwungenermaßen: „Pflicht ist Zwang" (S. 76). Dieser Zwang aber ist kein mechanischer, sondern ein psychischer: „Mit Lohn und Strafe operiert das Recht und operieren die übrigen ethischen Mächte" (S. 78). Hieraus ergibt sich, daß den „Normen", in denen die ethischen Gebote sich den Menschen verkünden, begrifflich eine Sanktion wesentlich ist. Diese Sanktion aber besteht nicht sowohl in der Verhängung nachteiliger Folgen, als vielmehr in der Prävention des Unrechts. „Man vergißt immer wieder, daß die

Interessen nicht dadurch geschützt werden, daß die Unrechtsfolgen eintreten, sondern dadurch, daß nicht pflichtwidrig gehandelt wird" (S. 79). „Die Unrechtsfolge besteht wesentlich nur darin, daß die Drohung in Vollzug gesetzt wird." „Ist die pflichtwidrige Handlung gesetzt, so ist dem Interesse bereits zuwidergehandelt worden und nur in den seltensten Fällen bringt der Eintritt der Rechtsfolge eine völlige Remedur." „Die Realisierung der Sanktion erscheint somit als etwas Unerwünschtes, Accidentelles, vom Gesetzgeber nicht Angestrebtes" (S. 85). So selbstverständliches diese Sätze zu besagen scheinen, so wichtig erscheint es mir doch, ihre Richtigkeit ausdrücklich anzuerkennen. Ich begrüße sie als erneutes Symptom dafür, daß die dialektische Konstruktion des Begriffs der Strafe allgemach ihren Zauber eingebüßt und jener richtigen Auffassung Platz gemacht hat, wonach die Strafe als ein Übel erscheint nicht nur für den Bestraften, sondern auch für den Strafenden, und wonach sie berechtigt erscheint, nur weil und so lange sie eine unentbehrliche Waffe bildet im Kampfe gegen das Verbrechen. — Des Verfassers Ansicht über das Wesen der Sanktion entbehrt aber auch nicht durchaus der Originalität: „Sofern ein anscheinend sanktionsloser Rechtssatz tatsächlich Geltung findet, ... hat er bereits bewiesen, daß ihm eine Sanktion, die motivierende Kraft hat, zur Seite steht; da eben ohne Motiv eine Handlung überhaupt nicht statthaben kann." „Solchergestalt löst sich die Antinomie, die darin zu liegen scheint, daß es, wie die Analyse des Pflichtbegriffs gezeigt hat, sanktionslose Normen nicht geben könne und daß doch manche Rechtsnormen einer sichtbaren Sanktion entbehren" (S. 88). — Was nun aber den vom Verfasser konstruierten Pflichtbegriff selber betrifft, so bleibt doch noch manches Bedenken übrig. Daß zunächst „der Mensch nicht mehr handelt, wie er selbst will, sondern wie ein andrer will", ist ein einfacher Nonsens, den man dem Indeterminismus nicht in die Schuhe schieben darf (S. 74). „Ein Wille, der nicht zur Tat führt, ist nicht vollendeter Willensakt," erklärt der Verfasser an späterer Stelle (S. 261) selber, und „es ist psychologisch verfehlt, das Wünschen mit dem Wollen zu identifizieren" (S. 288). Die Frage geht nun aber gerade dahin, ob für diese Genese des Willens die freie Wahl oder das zwingende Motiv den Ausschlag gibt. Durch ihre Beantwortung aber ist der Auffassung von der Pflicht noch garnicht präjudiziert. Warum soll denn nicht mein Pflichtgefühl das zwingende Motiv für mein Handeln abgeben? Wie ist denn überhaupt eine Zurechnung zum Charakter möglich, wenn in jedem Menschen das Pflichtgefühl gleich Null und nur eine objektive Pflicht vorhanden ist, die gleich der Stärke des durch Drohungen wirkenden Zwanges sein soll? „Daß der Mensch seiner innersten Natur nach egoistisch ist . . ., daß ihn nur der Hinweis auf Lohn und Strafe von der Verletzung fremder Interessen abhält," wird (auf S. 185) einfach unterstellt; und doch hat es Schopenhauer unternommen, die altruistische Triebfeder im Menschen gerade auf dessen metaphysische Veranlagung zurückzuführen — ein Versuch, der immerhin der Widerlegung wert sein dürfte. Der

Satz vom zureichenden Grunde wird sich dazu schwerlich verwenden lassen; mit dem hat sich Schopenhauer immer sehr gut gestanden! — Indessen scheint Verfasser hier nur die Genese des Pflichtbegriffs im Auge zu haben; später „verinnerlichen" sich ihm die ethischen Mächte: „Nicht die Mitmenschen sprechen" dann mehr „zum Individuum; es schöpft die Befehle aus seinem eignen Innern: aus dem Gewissen, aus dem Rechtsgefühl" (S. 210).

Da nun aber „die Pflicht der Rechtsbegriff ist, von dem alle konstruktive Rechtswissenschaft auszugehen hat" (S. 106), daher „der Pflichtbegriff den Mittelpunkt des Rechtssystems bildet" (S. 119), so müssen wir uns über ihn volle Klarheit verschaffen. Die Pflicht wurde konstruiert als der auf das Individuum einwirkende Zwang, der in ihm das wirksame Motiv erzeugt; als solches ist sie objektive Macht, und der Komplex dieser psychischen Funktionen, die wir Motive nennen, bildet das objektive Recht. Das Korrelat der Pflicht bildet das Recht als subjektives, die Berechtigung, welche dem Verpflichteten gegenüber sich als Macht dokumentiert; diese aber wurzelt im Rechtsbewußtsein. So lassen sich als Wegweiser durch die nicht ganz einfachen Gedankenkomplikationen in den folgenden Paragraphen die beiden Gleichungen einander gegenüberstellen: Das Recht ist objektiv = Pflicht = Zwang = Motiv; subjektiv = Recht (im Sinne von Berechtigung) = Macht = Rechtsbewußtsein. „Der Satz: das Recht als objektive Macht ist lediglich Motiv im widerstrebenden Verpflichteten, ist nun aber identisch mit dem Satze: das Recht ist ein Komplex von Imperativen" (S. 105). Zwar vermag die Imperativentheorie nicht jedes Rechtsinstitut erschöpfend zu erklären (S. 113), wohl aber ist alles geltende Recht auf Imperative zurückzuführen (S. 108). Denn „die Normen erzeugen die Pflichten", und „die Rechte sind nichts als der Reflex der Pflichten" (S. 110). „Die logische Aufeinanderfolge kann also nur sein: der Gesetzgeber erläßt einen Befehl, der Imperativ begründet eine Pflicht, die Pflicht begründet das Recht" (S. 119). „Das Können des Berechtigten besteht ausschließlich in dem Müssen des Verpflichteten" (S. 120). „Also sind alle Rechte in letzter Linie obligatorische Rechte" (S. 127). — So wird, nachdem „objektives und subjektives Recht" (§ 9) voneinander geschieden und „die Einwendungen gegen die Imperativentheorie" (§ 10) mit gewissenhafter Gründlichkeit als unberechtigt nachgewiesen sind, (in § 11) „das subjektive Recht" konstruiert als das Interesse, und zwar genauer als das objektive, abstrakte Durchschnittsinteresse (S. 132). Diese Erkenntnis hat sich nun allen etwa entgegenstehenden Auffassungen gegenüber zu bewähren; zu diesem Behufe wird (in § 12) die das subjektive Recht behandelnde Literatur einer gründlichen Revision unterworfen. Dem Verfasser in diese Einzelauseinandersetzungen mit den verschiedenen Autoren zu folgen, kann naturgemäß die Aufgabe des Referenten nicht sein; es genüge, das fleißige Bemühen anzuerkennen, die gewonnenen Resultate auch kritisch und — wo es sein muß — polemisch gegen Angriffe zu sichern. Als Leitmotiv dient hierbei der

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

immer von neuem sich bewahrheitende Satz, daß das Recht nicht anders zu denken ist, denn als ein „System von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen" (S. 152). „Subjektives Recht ist immer nur Recht darauf, daß ein andrer Mensch handle oder unterlasse" (S. 141). „Verbietet das Strafgesetz den Mord, den Raub, . . . so hat jeder einzelne Mensch . . . ein subjektives Recht darauf, daß ihn der andre nicht morde, nicht beraube" (S. 143). So erscheint die „rechtswidrige" Handlung von der subjektiven Seite her als eine „pflichtwidrige", dagegen vom Standpunkte des objektiven Rechts aus als eine „normwidrige" (S. 149). — Nur auf eine der sich hierbei ergebenden Schwierigkeiten sei noch hingewiesen: Wie verträgt sich mit der Erkenntnis, daß jeder Pflicht ein subjektives Recht korrespondieren muß, die Wahrnehmung, daß es tatsächlich Rechte und Pflichten gibt, denen Pflichten, beziehungsweise Rechte offenbar gerade nicht korrespondieren? Ist es richtig oder nicht richtig, daß jedes Verbrechen einem subjektiven Recht zuwiderlaufen muß? Mit unerschrockenem Mut fordert Herr v. Hold auch diesen Gegner — freilich nicht vor seine Klinge, sondern vor seinen Schild, indem er sich auf die formale Betrachtung zurückzieht, aus der eben jene der subjektiven Seite des Rechts angehörenden Phänomene auszuscheiden haben. (Vgl. hierüber sonderlich S. 145 und 148).

Nunmehr kommt der Verfasser auf „die Sanktion" (§ 13) zurück; da lesen wir es von neuem: „Der Vollzug der Drohung ist dem Gesetzgeber durchaus nicht erwünscht" (S. 171). „Denn wichtiger, als daß ein Schmerzensgeld bezahlt wird, ist, daß die Körperintegrität erhalten bleibt; wichtiger, als daß die Sachen zurückgestellt und die Diebe eingesperrt werden, ist, daß vorerst nicht gestohlen wird" (S. 170). „Man kann also sagen, daß der Gesetzgeber die Sanktionen aufstellt, damit sie nicht eintreten müssen" (S. 164, 165). Wenn es (auf S. 164) heißt: „Begrifflich kann die Sanktion Drohung oder Verheißung sein," so ist das wohl ein kleiner lapsus; vielmehr ist die Sanktion das Übel, das angedroht, die Belohnung, die verheißen wird, wobei uns, die wir es mit der pflichtwidrigen Handlung zu tun haben, nur die erste Alternative interessiert. Ein Übel also ist die Sanktion auf alle Fälle und insofern immer eine Strafe. Erst in zweiter Linie fragt es sich dann, ob und warum dieselbe im einzelnen Falle Restitution, Ersatz, Kriminalstrafe, Buße oder was immer ist, oder ob vielleicht gar der rechtliche Zwang ganz entfällt. Denn „unverantwortlich sein heißt weder: nicht verpflichtet sein, noch auch: regelmäßig ohne Nachteil bleiben, wenn pflichtwidrig gehandelt wurde, sondern es heißt lediglich: mit mechanischem Rechtszwang verschont bleiben" (S. 173). Damit ist aber, wie wir wissen, der Begriff der Sanktion nicht negiert; den „rein tatsächlichen Deliktsfolgen" wird an dieser Stelle sogar eine ganz namhafte Bedeutung beigelegt. — Dagegen liegt der Nachdruck in der Tat auf der Drohung, nicht auf dem Vollzug. „Zumal in der kriminalistischen Literatur wird nur zu häufig übersehen, daß man in erster Linie nicht nach dem Zwecke der Strafe,

sondern nach dem des Strafgesetzes zu fragen hat" (S. 165). Der Vollzug stellt sich hiernach lediglich als die logische Konsequenz der Drohung dar, ohne welche diese sich selbst aufgeben würde (S. 167). Deshalb darf der Legislator nur eine solche Folge androhen, welche er gegebenenfalls auch anzuwenden in der Lage ist (S. 171), obwohl er weiß, daß selbst die schärfsten Drohungen nicht eine ausnahmsweise Abhaltung vom Verbrechen erzielen würden (S. 169). Er muß sich eben darauf beschränken, regelmäßig, im allgemeinen, seine Absichten durchzusetzen. — Diese Gedanken, mit denen ich mich wiederum im vollen Einklang befinde, ließen sich weiter noch dahin glossieren: Das Maximum der Strafdrohung wird bestimmt durch die eventuelle Notwendigkeit ihrer Vollstreckung; das Minimum der zu vollstreckenden Strafe wird bestimmt durch die Notwendigkeit, der Drohung ihre abhaltende Kraft zu sichern.

Auf der Verkennung des unzertrennlichen Zusammenhanges von Sanktion und Willenskundgebung, welche zusammen erst die Norm ausmachen, beruht der Fundamentalfehler der „Normentheorie" Bindings (§ 14). Nach des Verfassers Meinung ist eben eine unbedingte Pflicht, eine Pflicht, die nicht Zwang wäre, wie sie Binding annimmt, undenkbar. Daran scheitert auch „die Selbstbindungstheorie" (§ 15), wie sie am schärfsten von Jellinek vertreten wird: denn „ein sich selbst Verpflichten ist unmöglich, da Pflicht Zwang ist" (S. 186). Ein zweiter, methodischer Fehler Jellineks liegt darin, daß er vom Staate ausgeht und das Recht aus der Selbstbeschränkung des Staats erst hervorgehen läßt; dabei spielt die Identifizierung von Staat und Organ eine verhängnisvolle Rolle und es werden die beiden Funktionen des Staats: Gesetzgebung und Gesetzesanwendung nicht genügend auseinandergehalten. Daß der Staat tatsächlich Pflichten hat, erklärt sich eben daraus, daß der Staat als Gesetzgeber den Staat als Gesetzesanwender verpflichtet, sodaß also Verpflichtender und Verpflichteter durchaus nicht identisch sind. — Wir sehen hier die Fäden sich anknüpfen, welche alsbald (in § 20) zu dem interessanten Exkurse über die juristische Person ausgesponnen werden. — „Die Normen" (§ 16) werden nun zum Schlusse nach drei Richtungen hin eingeschränkt: Sie „richten sich . . . nicht schlechthin an alle Menschen, ferner selbst an die fähigen nicht immer, und endlich können sie, ihrem Inhalte nach, ein gewisses Maß nicht überschreiten. Man kann dies kurz so ausdrücken: Der Gesetzgeber kann nicht allen, nicht immer und nicht alles befehlen" (S. 199). In allen andern Fällen „ist . . . . a priori von einer Norm keine Rede" (S. 201). Es entspricht dies der Wesensbestimmung der Norm, wonach sie auf eine regelmäßige Wirksamkeit muß rechnen können. „Der rechtliche Gesetzgeber stellt . . keine einzige Norm auf, die unbedingt, unbekümmert um die Sachlage . . . an die Rechtsunterworfenen erginge. . . . Er will in vielen Fällen die Normen nicht ergehen lassen, und zwar dann nicht, wenn es ihm nicht zweckdienlich erscheint" (S. 203). „Die Norm etwa: Du sollst nicht töten, ergeht . . . dort nicht, wo das Recht die Tö-

tung zuläßt oder gar zur Pflicht macht" (S. 205). „Das Recht als objektive Macht erscheint mithin als ‚ein Inbegriff hypothetischer Urteile' (§ 17) Wenn eine bestimmte Sachlage eintritt, dann ergeht eine Norm; sonst nicht" (S. 204). Daß diese Folgerungen aus dem Normbegriff, so berechtigt sie erscheinen mögen, dessen Nutzanwendung nahezu illusorisch machen, wird bei der Darstellung der Lehre von der Rechtswidrigkeit zu zeigen sein, welcher sich der Verfasser nunmehr, im zweiten Abschnitt, zuwendet.

* * *

Der § 18 entwickelt „die Tendenz, zu objektivieren"; ihm darf programmatischer Charakter zugesprochen werden. „Der logische Fehler, der den Objektivierungen zu Grunde liegt, ist die Verwechselung von Relation und Qualität" (S. 215). „Berechtigt sein und verpflichtet sein heißt danach nicht mehr: in einer bestimmten Beziehung stehen, sondern: eine immanente Eigenschaft haben" (S. 211). Diese dem menschlichen Geist eignende Tendenz zur Hypostasierung der Begriffe ist die ausgiebigste Quelle aller Unklarheiten und Irrlehren, zumal auf juristischem Gebiet. Hier wiederum Klarheit zu schaffen, ist nur die Reduktionsmethode in der Lage; es „müssen alle Rechtsbegriffe, in denen das Moment der Beziehung zwischen einzelnen Menschen nicht unmittelbar zum Ausdruck gelangt, erst analysiert, zerlegt, auf Beziehungen zwischen Menschen reduziert werden" (S. 217). Wo dies möglich ist, haben wir es mit einer (etwa dem Interesse an geeigneter Systematisierung dienenden) berechtigten Synthese, andernfalls mit einem Fehlbegriff zu tun. Dieser Feuerprobe werden nun nacheinander unterworfen: „das dingliche Recht" (§ 19), „die juristische Person" (§ 20) und „die objektive Rechtswidrigkeit" (III. Abschn.) — jene beiden Abstraktionen, um sich an ihr in ihrer Lauterkeit zu bewähren, dieser letztere Begriff, um bei solcher Gelegenheit in sein Nichts zu zerfließen. Es erscheint verlockend genug, den Verfasser zu beobachten, wie er mit sicherer Hand die Sonde ansetzt, um zunächst das dingliche Recht in lauter obligatorische Rechte aufzulösen, als deren „gedanklicher Komplex" (S. 234) es sich darstellt, um sodann die Rechtsbeziehungen des Verbandes durch Aufdeckung des Bindegliedes — des Organs — „in eine Mehrzahl von räumlich und zeitlich auseinanderliegenden unterwertigen Beziehungen zwischen einzelnen Menschen" (S. 268) aufzulösen, deren „Komplex" wiederum wir juristische Person heißen — es sind diese Untersuchungen, die Auseinandersetzungen mit Binding, Gierke, Jellinek u. a. zu den besten Partieen des ganzen Buches zu zählen —; indessen darf ich mir derartige Abschweifungen vom eigentlichen Thema nicht gestatten, sondern muß eilen, um es nicht zu versäumen, wie nunmehr das Gebilde der objektiven Rechtswidrigkeit zu Grabe getragen wird.

Ob „der Begriff der Rechtswidrigkeit" mit Fug als Rubrum für den ganzen Band, den zweiten Abschnitt und einen einzelnen Paragraphen desselben (§ 21) gewählt werden durfte, ob „der Begriff der

objektiven Rechtswidrigkeit" mit Fug das Rubrum für diesen dritten Abschnitt abgeben durfte, in welchem ihm gerade der Garaus gemacht werden soll — das würden Erwägungen von vorwiegend ästhetischer Natur sein; wenn aber der Verfasser an dieser Stelle seiner Darstellung eine ebenso tiefe Cäsur verleiht, wie beim Übergang von der Betrachtung des Rechts zu dem der Rechtswidrigkeit, so leidet darunter neben dem ästhetischen Gefühl der einheitliche Aufbau, die Disposition. Wurde im ersten Teil die Pflicht als der Kernbegriff des Rechts nachgewiesen, so wird hier im zweiten Teil die Pflichtwidrigkeit als der eigentliche Charakter der Rechtswidrigkeit erkannt. Und eben damit hat die objektive Rechtswidrigkeit, welcher begrifflich eine Pflichtwidrigkeit nicht entspricht, ihre Daseinsberechtigung verloren. Das ist in kurzen Worten das in diesen einleitenden Paragraphen aufgestellte bestechende Programm, dessen Durchführung nun folgen soll. — Es ist ein verzweifelt undankbares Unternehmen, auf einem mit Kraut und Unkraut geradezu überwucherten Boden die Rodearbeit auszuführen, wenn man sich vorgesetzt hat, nicht eher zu rasten, als bis tabula rasa gemacht ist. Der Verfasser hat sich dadurch nicht abschrecken lassen, hat sich nicht gescheut, auf einem Raum von 120 Druckseiten sich mit allen irgendwie in Betracht kommenden Meinungen und Lehren auseinanderzusetzen, denen die Auffassung von der Möglichkeit einer objektiv rechtswidrigen Handlung zu Grunde liegt. So muß ihm die Schwierigkeit der gestellten Aufgabe zusammen mit dem (auf S. 278 abgelegten) reumütigen Geständnis zu gute gehalten werden, wenn es der folgenden Darstellung an Systematisierung, am „wissenschaftlichen Einteilungsprinzip" in fühlbarem Maße gebricht. — Unter vier Hauptgesichtspunkten rubriziert, werden nicht weniger als 22 verschiedene Definitionen der objektiven Rechtswidrigkeit aus der Literatur herausentwickelt und im Anhang (S. 399 f.) zusammengestellt. Es kann wiederum nicht die Aufgabe sein, diesen Deduktionen im einzelnen zu folgen, zumal die konstruktiven Momente für die Einschätzung des ganzen Werkes gegenüber den destruktiven an sich schon größere Beachtung fordern. Es kommt also hier vor allem darauf an, den sich hindurchziehenden roten Faden unverwandt zu verfolgen. — Da der Verfasser zum Schluß auch eine von mir aufgestellte Formulierung berücksichtigt, so darf ich ihn wohl gleich hier auf einen im Eingange dieses Abschnitts sich findenden Passus aufmerksam machen. Es heißt da (auf S. 282): „Betrachtet man die pflichtwidrige Handlung vom Standpunkte der Funktion des Rechts, also des Zweckes, den der Gesetzgeber verfolgt, so ergibt sich der Begriff der Interessenwidrigkeit. Jede pflichtwidrige Handlung enthält sonach — inhaltlich betrachtet — das Moment der Interessenwidrigkeit. . . . Dennoch aber dürfen die Begriffe der Interessenwidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit nicht miteinander verwechselt werden. Denn die formale und die inhaltliche Seite sind strenge zu sondern." Nun, einen besseren Kommentar hätte ich zu meiner These selber nicht liefern können, nur daß ich auf der formalen Seite mehr die Normwidrigkeit im Auge hatte. Meine Unter-

ſcheidung von materieller und formeller Rechtswidrigkeit hat alſo mit der andern Einteilung in objektive und ſubjektive nicht das mindeſte gemein. Sie beruht vielmehr auf der folgenden einfachen und unausweichlichen Konkluſion: Wenn es wahr iſt, daß die Strafgeſetze Schutznormen für menſchliche Intereſſen ſind — und darin weiß ich mich mit dem Verfaſſer einig — ſo muß jede ſtrafbare Handlung gleichzeitig enthalten einen Verſtoß gegen die betreffende Schutznorm und eine Verletzung des durch dieſe geſchützten Intereſſes. Denn nur durch Zuwiderhandeln gegen die Norm iſt eine Verletzung des Intereſſes denkbar und nur mittels Verletzung des ſpezifiſchen Intereſſes kann gegen die ſchützende Norm verſtoßen werden. Wie nun aber die Intereſſenverletzung (materielle Rw.) Vorausſetzung iſt für das Vorliegen des objektiven Tatbeſtandes, ſo iſt die Erfüllung dieſes letztern ihrerſeits Vorausſetzung für die Geſetzesverletzung (formelle Rw.). — Doch das nebenbei.

Unter dem Geſichtspunkte einer unberechtigten Verwendung des „Begriffs der Erlaubnis“ werden zunächſt als Irrlehren, denen die „an ſich“ rechtswidrige Handlung ihr Daſein verdankt, zuſammengeſtellt: „Die Tendenz zu objektivieren und zu generaliſieren“ (§ 22), „die Verwechſelung von Recht und Dürfen“ (§ 23), „die Vermengung von Recht und Moral“ (§ 24). An erſter Stelle alſo polemiſiert der Verfaſſer gegen eine unzuläſſige Generaliſierung der Norm, welche dazu führe, nachträglich „Ausnahmen“ von derſelben einzuführen. Hierbei wird „überſehen, daß der Geſetzgeber lediglich der Bequemlichkeit halber, aus geſetzestechniſchen Gründen, die Handlung erſt generell verbietet und dann diejenigen Fälle aufzählt — oder auch nicht aufzählt (!) —, die er ausnimmt“ (S. 293). In dieſen Ausnahmefällen hat nun aber in Wirklichkeit die Norm garnicht als erlaſſen zu gelten (S. 297). Es bedarf mithin in dieſen Fällen zur Begründung der Strafloſigkeit garnicht erſt der Statuierung von Rechtfertigungs- oder Entſchuldigungs-, von Schuld- oder Straf-Ausſchließungs-Gründen. „Sie ſind in Wahrheit normausſchließende Gründe“ (S. 300). Eine in Notwehr begangene Körperverletzung iſt alſo z. B. nicht an ſich rechtswidrig, wegen ihres beſonderen Charakters aber ausnahmsweiſe „erlaubt“, ſondern ſchlechthin nicht rechtswidrig. (Dies im Anſchluß an Kohlrauſch). Wir müſſen dieſen Gedanken, der uns ſchon einmal begegnet iſt und uns noch öfter begegnen wird, wohl im Auge behalten. — Umgekehrt darf, wie Verfaſſer mit Recht hier weiter betont, aus der etwaigen Strafloſigkeit des Verſuchs nicht etwa gefolgert werden, daß derſelbe in dieſen Fällen „erlaubt“ wäre. „In Wahrheit iſt immer nur der Verſuch verboten“ (S. 280). „Denn der Verſuchende erhofft immer die Vollendung, widrigenfalls er nicht handeln würde“ (S. 290). Daß nun aber eine Handlung wirklich „erlaubt“ iſt, bedeutet nicht, daß auf ſie ein ſubjektives Recht gegeben iſt. Zwiſchen den Begriffen Recht und Rechtswidrigkeit liegt vielmehr das weite Gebiet der rechtlichen Indifferenz (S. 303). Es beſteht deshalb auch keine Verpflichtung, ſolche Handlungen eines andern zu dulden. Aber

auch: „Sobald eine Handlung vom Rechte nicht verboten ist, hat sie . . . als rechtlich erlaubt zu gelten und bedarf keinerlei Entschuldigung“ (S. 306). Ob sie vom moralischen Standpunkt aus als „Unrecht“ erscheint, darf auf die rechtliche Beurteilung niemals irgend welchen Einfluß gewinnen. Die „moralische Rechtswidrigkeit“, die im naturrechtlichen Gewande gar als „transzendente Rechtswidrigkeit“ sich breit macht, ist kein juristischer Begriff mehr, sondern ein ethischer. „Der Lehre also, daß die Notwehr ein Recht ist, liegt großenteils die Verwechselung von Recht und rechtsfreiem Dürfen, der Lehre, daß sie rechtswidrig ist, die Vermengung von Recht und Moral zu Grunde“ (S. 316). Ein Recht aber ist sie nicht, weil ihr keine Pflicht entspricht, rechtswidrig nicht, weil sie keiner Rechtsnorm widerstreitet. — „Die Vergleichung der Rechtsteile und der Gesetze“ läßt nun weiterhin den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit als einen „Notbehelf“ erscheinen, der aus den verschiedenartigsten Argumentationen resultiert. Drei der wichtigsten werden nach stattgehabten allgemeinen Erörterungen (§ 25) einer besondern Würdigung teilhaftig. So werde fälschlicherweise aus der unterstellten „sekundären Natur der Strafgesetze“ (§ 26) gefolgert, daß die Straffolge die schon an und für sich unrechtmäßige Handlung nur noch als solche besonders sanktioniere, weshalb auch ihr etwaiges Entfallen diese letztere nicht könne als nunmehr rechtmäßig erscheinen lassen. Es werde ferner aus der Identifizierung von rechtgemäß und Recht die Figur: „Recht gegen Recht“ (§ 27), also eine Kollision von Rechten konstruiert, während in Wirklichkeit nur eine Kollision von Interessen vorliege, die in solchen Fällen eben nicht geschützt werden, weil „ein gedeihliches Zusammenleben nur möglich ist, wenn sich alle beschränken“ (S. 337). Endlich werde das wahre Verhältnis von „Handlung und Ersatzpflicht“ (§ 28) verkannt. Die Ersatzpflicht ist nämlich nach des Verfassers — wohl zu billigender — Ansicht entweder überhaupt nicht Deliktsfolge, und dann erscheint es bedenklich, aus der Ersatzpflicht nach rückwärts auf die Rechtswidrigkeit zu schließen, oder sie ist Deliktsfolge, dann ist auch der Ersatz wesentlich Vollzug der Drohung, und diese bezweckt, ebenso wie die Strafe, von pflichtwidriger Betätigung abzuhalten. Das wird nur zu leicht übersehen; und doch „ist Tausend gegen Eins zu wetten, daß es heute zahlreiche Existenzen gibt, die mit Vergnügen bereit sind, einige Jahre im Zuchthaus zu verbringen, wenn sie wissen, daß sie sich damit den lebenslänglichen Genuß geraubten Vermögens sichern“ (S. 347). Bei Haftung ohne Verschulden ist also eine rechtswidrige Handlung nicht gegeben; bei Haftung für Verschulden beruht eben hierauf die Rechtswidrigkeit: zur Annahme einer „objektiven Rechtswidrigkeit“ liegt überall kein Anlaß vor.

Löst sich, je mehr wir uns dem Ende nähern, die Harmonie der Darstellung umsomehr in ein Gewirr von Einzelakkorden auf, so lassen sich doch die uns bereits vertrauten Leitmotive mit voller Klarheit heraushören: Sich bewußt zu werden, an wen sich die Normen richten und sich zu hüten vor einer „Vermengung der formellen und inhalt-

lichen Seite des Rechts" — das sind die Mahnungen, mit denen das Werk ausklingt. „Die Adresse der Normen wird (in §§ 29, 30) einer nochmaligen Revision unterzogen: Die Normen richten sich bloß an Menschen, also nicht an Tiere und Sachen; bloß an zurechnungsfähige Menschen; also nicht an Säuglinge und Wahnsinnige, wobei es übrigens „nicht auf die tatsächliche Bestimmbarkeit im einzelnen Fall, sondern auf die voraussichtliche Möglichkeit" ankommt (S. 365); endlich ergehen sie „nur dann, wenn man dem Gesetzgeber vernünftigerweise imputieren kann, daß er Normen ergehen lassen wollte" (S. 355), also nicht, wenn Befugnisse oder gar Pflichten entgegenstehen. — Daß „Form und Inhalt" (§ 31) zu trennen, „daß der Inhalt der Norm bei der formalen Konstruktion nicht zu berücksichtigen ist," daß aber doch „auch dem Rechte als einer objektiven Macht begrifflich ein inhaltliches Moment eigen ist: . . . die Funktion, die Interessen . . . zu schützen" (S. 370), haben wir schon im Eingang vernommen. „Das Urteil: eine Handlung ist pflicht- beziehungsweise normwidrig," ist also „immer notwendig mit dem Urteil verbunden: die Handlung widerstreitet einem Interesse" (S. 377). „Die verbotene zurechenbare menschliche Handlung (vom Standpunkte des Berechtigten betrachtet) ist formell rechtswidrig, inhaltlich widerspricht sie einem rechtlich geschützten (objektiven, abstrakten) Durchschnittsinteresse" (S. 378). Hier wird es ganz deutlich, wie gerade im Verlaufe dieses Gedankenganges die rein formale Betrachtung schon die Begriffe der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit ausstößt; und es wird weiter deutlich, wieso der Begriff der Interessenwidrigkeit zwar ein inhaltliches Moment beibringt, aber doch noch nicht das Recht „nach seiner subjektiven und individuellen, positiven Seite" (S. 25) in die Betrachtung hineinzieht. Denn es ist „das objektive Recht" (§ 32) „die Macht, die das Interesse schützt" (S. 381), „das subjektive Recht" (§ 33) aber dieses Interesse selber; und zwar, wie uns bekannt ist, nicht das konkrete, sondern das abstrakte, welches zu jenem möglicherweise im direkten Gegensatze stehen kann; auch nicht das Gut: „niemals . . . schützt das Recht ein Gut an sich" (S. 383); vor allem nicht ein Zustand: „es gibt keinen Zustand, den das Recht will oder nicht will" (S. 386); daher auch nicht der Erfolg: „rechtswidrig ist stets die Handlung allein" (S. 387). — Hier nun aber ist der Grenzpfahl errichtet; eine Analyse des subjektiven Rechts würde das Recht eben als subjektive Macht, als Rechtsbewußtsein zum Stoffe haben, der damit empirisch bedingt, dem Wechsel unterworfen wäre. Die formale Betrachtung hat deshalb ihr Ziel erreicht — wir sind am Ende.

Den Bau, den der Verfasser vor uns aufgeführt, habe ich zu skizzieren versucht, in seinen allgemeinen Umrissen zwar nur, aber doch, wie ich meine, deutlich genug, damit dem kritischen Auge die Stelle erkennbar sei, wo es noch an der Halt gewährenden Stütze fehlt. Eine grundlegende Frage blieb offen: Woran läßt sich nun eigentlich im einzelnen Falle feststellen, ob eine Norm ergangen ist oder nicht? Die naheliegende Vorstellung, daß die gesetzliche Normierung selber darüber

Auskunft erteilen müßte, ist, wie wir des öfteren sahen, gerade nicht zutreffend. Die abschließenden Ausführungen zerstreuen vollends allen Zweifel: „Gerade so wenig, als der Henker deshalb gestraft zu werden braucht, wenn und weil seine Handlung dem Wortlaute nach unter den Paragraphen eines Strafgesetzes fällt, so wenig braucht dessentwegen der Arzt gestraft zu werden" (S. 394). „Weil der Gesetzgeber die Norm zu weit gefaßt hat, scheint, rein äußerlich genommen, ein Verbrechen, eine rechtswidrige Handlung, vorzuliegen" (S. 391). „In Wahrheit erging eine Norm nicht" (S. 397). Es wird also aus der Straflosigkeit etwa des Henkers deduziert, daß an ihn die Norm: du sollst nicht töten! nicht ergangen ist, während doch, wenn anders die Norm ein praktisches Bedürfnis befriedigen soll, aus ihr müßte deduziert werden können, daß sie sich z. B. an den Henker nicht richtet. Man fragt sich unwillkürlich, zu was Ende man sich mit solcher Anstrengung über das Wesen der Norm Klarheit verschafft hat, wenn man es ihr hinterher verstattet, sich in den Schleier der Maja zu hüllen, den zu lüften bekanntlich unmöglich ist. Denn es möchte noch hingehen, daß mir in jedem einzelnen Falle zugemutet wird, eine Konfrontation aller irgendwo und irgendwann erlassenen Normen vorzunehmen, um festzustellen, ob eine solche für den gegebenen Fall als vorliegend zu erachten ist. Aber der Verfasser gibt (z. B. S. 293) selber zu, daß die Rechtsordnung mich hier im Stich läßt, daß ihre Aufzählung keine erschöpfende ist. Und er hat nur zu recht! In der Tat dürfte sich schwerlich ein Rechtssatz aufweisen lassen, aus welchem hervorginge, daß etwa die vom Arzt vorgenommene Beinamputation nicht dem § 225 Reichsstrafgesetzbuchs unterfällt. Wende ich mich nun aber hilfesuchend an die ethischen Mächte, dann begegnet mir ein erbarmungsloses Veto: „Die moralischen Qualitäten des Rechtes kommen im Inhalte der Gesetze zum Ausdrucke. . . . . Die Form des Rechts bleibt . . . von solchen inhaltlichen Bestimmungen unberührt" (S. 305). Und so trägt denn gerade der Umstand, daß sich die Darstellung prinzipiell von der abstrakt-formalen Darstellungsweise nicht trennen will, die Schuld daran, daß wir in den ganzen 400 Seiten des Werkes vergeblich einen Ausweg suchen aus dem geradezu beängstigenden Zirkel: Jede rechtswidrige Handlung ist zugleich pflichtwidrig und normwidrig; eine Pflicht liegt nur vor, wo eine Norm erlassen ist; eine Norm ergeht nur, wo eine Pflicht begründet werden soll. Wann nun aber eine Handlung normwidrig und deshalb pflichtwidrig und deshalb rechtswidrig ist, danach fragen wir vergebens. Dessen ist sich denn auch der Verfasser wohl bewußt geworden und bekennt es zum Schlusse offen ein: „Das Gesetz führt das Wort rechtswidrig in den Tatbestand ein, um diejenigen Fälle auszuscheiden, die nach dem Wortlaute des Gesetzes getroffen werden, ohne daß das Gesetz sie treffen wollte" (S. 395). Es ist also gerade kein Pleonasmus (S. 357), wenn § 823 D.B.G.B. als Erfordernisse der Ersatzpflicht nebeneinander aufführt: Schuld, Rechtsverletzung und Widerrechtlichkeit; und Herr v. Hold ist im Grunde

nur deshalb geneigt, dieſe Terminologie als verfehlt zu bezeichnen, weil ein Gut, das von jemandem rechtmäßig verletzt werden kann, dieſem gegenüber eben nicht den Charakter eines Rechtsgutes trägt. Damit kleidet ſich das Problem aber nur in ein andres Gewand; er ſelbſt formuliert es alſo: „in welchen Fällen liegt eine ſolche Rechtsbeziehung vor und wann liegt ſie nicht vor?“ „Gerade weil das Geſetz das Wort rechtswidrig . . einzelnen Tatbeſtänden beifügt, kann aus dem Geſetze nicht erſehen werden, in welchen Fällen die Norm als ergangen anzuſehen iſt und in welchen nicht.“ „Der Rechtsgrund der Strafloſigkeit der in Frage ſtehenden Handlungen iſt (alſo durch die voraufgehenden Erörterungen) nicht gegeben.“ Dieſe Frage „iſt daher noch als eine offene anzuſehen. Der zweite Band wird verſuchen, eine Löſung zu finden“ (S. 397). — Für dieſen wird uns (auf S. 10) ein reichhaltiges Programm in Ausſicht geſtellt. So dürfen wir von ihm eben ſo reiche Anregung erwarten, als uns dieſer erſte Band geboten. Für dieſe aber gebührt dem Verfaſſer ſchon jetzt Dank und Anerkennung.

4.

Die bedingte Begnadigung in den deutschen Bundesstaaten unter rechtsvergleichender Berücksichtigung der bedingten Verurteilung des Auslandes.

Von Dr. K. Klee, Gerichtsassessor, kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt.

Im Februar 1903 ist dem Reichstag, wie in den Vorjahren, eine Denkschrift des Reichs-Justizamts über die Ergebnisse der Anwendung der bedingten Begnadigung in den Bundesstaaten zugegangen.

Die diesjährige Denkschrift enthält neben einer Übersicht über die Gesetzgebung des Auslandes, betreffend die bedingte Verurteilung beziehungsweise Strafaussetzung, in erster Linie die am 1. Januar 1903 in Geltung getretenen gemeinsamen Grundsätze für die Handhabung der bedingten Begnadigung in den Bundesstaaten.

Im übrigen verbreitet sich die Denkschrift über die durch statistisches Tabellenwerk veranschaulichten Ergebnisse der Anwendung der Einrichtung seit ihrer Einführung bis zum 31. Dezember 1902.

Im Folgenden sollen zunächst die neuen gemeinsamen Grundsätze unter Berücksichtigung des früheren Zustandes in den deutschen Bundesstaaten und der Gestaltung, welche die bedingte Verurteilung des Auslandes zu den einzelnen Punkten gewonnen hat, erörtert werden. Hiermit soll einerseits der Fortschritt zur Einheit innerhalb der deutschen Grenzen vor Augen geführt, anderseits gezeigt werden, inwieweit die Elemente der bedingten Verurteilung, wie sie in einer Anzahl ausländischer Staaten rechtens beziehungsweise in Entwürfen[1]) in Aussicht genommen ist, in die Einrichtung der

[1]) Außer Betracht gelassen sind um ihrer jetzt nur noch geringen praktischen Bedeutung willen der französische, österreichische und italienische Entwurf.

In Italien ist neuerdings (Mai 1903) der Deputiertenkammer von dem

bedingten Begnadigung der deutschen Staaten Eingang gefunden haben. Eine Heranziehung auch der durch die neuen Grundsätze unberührt gelassenen Seiten des Instituts in gewissen Grenzen wird hierbei nicht wohl umgangen werden können.

An die Erörterung der „Grundsätze" wird sich die Mitteilung der Ergebnisse der bisherigen Anwendung der bedingten Begnadigung aus der Denkschrift des Reichs-Justizamts schließen.

I. Die seit dem 1. Januar 1903 geltenden gemeinsamen Grundsätze.

Um die in einzelnen Punkten bisher bestehenden Verschiedenheiten auszugleichen und eine einheitliche Durchführung des bedingten Strafaufschubs zu sichern, sind unter Vermittelung der Reichs-Justizverwaltung zwischen den Regierungen der beteiligten Bundesstaaten gewisse Normen vereinbart worden. Beteiligt waren nach der Denkschrift fast sämtliche Bundesstaaten. Inzwischen haben auch Sachsen-Weimar (Staatsministerialverfügung vom 29. Januar 1903), Braunschweig (Höchster Erlaß vom 5. März und Ausführungsverfügung vom 10. März 1903) und Sachsen-Altenburg (Ministerialverordnung vom 10. Juni 1903) allgemeine Vorschriften über den Strafaufschub mit Aussicht auf spätere Begnadigung erlassen, welche den zwischen den übrigen Bundesstaaten vereinbarten Grundsätzen entsprechen. Lediglich Mecklenburg-Strelitz und die beiden Reuß haben die bedingte Begnadigung als allgemeine Einrichtung noch nicht eingeführt. Jedoch wird auch in diesen Staaten, wie die Denkschrift bemerkt, von dem landesherrlichen Begnadigungsrecht häufig in der Weise Gebrauch gemacht, daß die Strafe dem Verurteilten unter der Bedingung guter Führung während einer ihm bewilligten Probezeit erlassen wird. Es kann hiernach mit Fug von einer mit verschwindenden Ausnahmen das ganze Reichsgebiet umfassenden Einrichtung gesprochen werden. Zu beachten ist, daß durch die gemeinsame Neuregelung des bedingten Strafaufschubes das einzelstaatliche Begnadigungsrecht, im konkreten Falle die auf Anrufen gewährte Gnade an Bedingungen irgend welcher Art zu knüpfen, unberührt geblieben ist.

Abgeordneten Lucchini Luigi ein Gesetzesvorschlag, der auch die bedingte Strafaussetzung betrifft, vorgelegt worden. Im folgenden hat sein Inhalt nicht mehr Berücksichtigung finden können.

Die vom 1. Januar 1903 ab in Geltung getretenen gemeinsamen Grundsätze sind folgende:

1. Von dem bedingten Strafaufschube soll vorzugsweise zu gunsten solcher Verurteilten Gebrauch gemacht werden, welche zur Zeit der Tat das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet hatten.
2. Gegenüber Personen, die früher bereits zu Freiheitsstrafe verurteilt sind und die Strafe ganz oder teilweise verbüßt haben, soll der bedingte Strafaufschub nur in besondern Fällen Platz greifen.
3. Die Höhe der erkannten Freiheitsstrafe soll die Gewährung des bedingten Strafaufschubs nicht grundsätzlich ausschließen.
4. Über die Bewilligung des bedingten Strafaufschubs ist eine Äußerung des erkennenden Gerichts herbeizuführen.
5. Die Bewährungsfrist soll auf weniger als die Dauer der Verjährungsfrist, und zwar bei Strafen, die in zwei Jahren verjähren, mindestens auf ein Jahr, bei Strafen, die einer längeren Verjährung unterliegen, auf mindestens zwei Jahre bemessen werden.

Grundsatz 1. Über achtzehn Jahre alte Personen sollen also nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein durch die Regel der Berücksichtigung Jugendlicher. Dies galt bereits in den meisten Bundesstaaten. Abweichend kamen nur in Baden bis vor kurzem (gegen Ende 1901) Erwachsene überhaupt nicht in Betracht, wurden anderseits in Hamburg und Schwarzburg-Sondershausen Jugendliche und Erwachsene grundsätzlich gleich behandelt. Hamburg ist dem Grundsatz 1, unbeschadet des Rechts des Senats, von Fall zu Fall die Begnadigung von Erwachsenen unter einer Bedingung eintreten zu lassen, beigetreten.

Was die bedingte Verurteilung des Auslandes betrifft, so kennt die belgisch-französische Gesetzgebung (Gesetze vom 31. Mai 1888 beziehungsweise vom 26. März 1891) einen Unterschied zwischen Jugendlichen und Erwachsenen nicht.

Dasselbe gilt von Massachusetts (seit 1878 beziehungsweise 1880), Luxemburg (Gesetz vom 10. Mai 1892), Genf, Waadt und Tessin (Gesetze von 1892 beziehungsweise 1897 beziehungsweise 1900), Portugal (Gesetz vom 6. Juli 1893). Dagegen setzen eine absolute Altersgrenze: der schweizerische Kanton Neuenburg (Gesetz vom 12. Februar 1891: das 25. Lebensjahr), sowie der ungarische

Entwurf von 1892 (das 20. Lebensjahr). Andre Staaten, wie England[2]) (Probation of first offenders Act vom 8. August 1887) und Norwegen (Gesetz vom 2. Mai 1894) führen unter den besondern Umständen, bei welchen von der bedingten Verurteilung Gebrauch gemacht werden soll, ausdrücklich das jugendliche Lebensalter des Täters auf.

Grundsatz 2. Bis zum 1. Januar 1903 wurden in der Mehrzahl der Staaten vornehmlich nur erstmalig Verurteilte der Vergünstigung des bedingten Strafaufschubs teilhaftig. Sachsen legte besonderes Gewicht darauf, ob eine Verurteilung wegen einer gleichartigen Straftat voraufgegangen war. Hinsichtlich der Art der erkannten Vorstrafe wurde ein Unterschied überall nicht gemacht. Lippe jedoch berücksichtigte nur solche Personen, die noch zu keiner Freiheitsstrafe verurteilt waren. Die Verbüßung einer Freiheitsstrafe war in einer Reihe andrer Staaten maßgebend. Personen, die „gesessen" hatten, wurden entweder grundsätzlich oder doch regelmäßig von der Wohltat des bedingten Strafaufschubs ausgeschlossen (regelmäßig in Bayern, Württemberg, Hessen, Sachsen-Meiningen, grundsätzlich in Baden, Schaumburg-Lippe, Lübeck).

Durch die gemeinsame Neuregelung in Grundsatz 2 hat die bedingte Begnadigung zwar im wesentlichen ihre Bedeutung als Mittel der Bewahrung vor dem erstmaligen „Sitzen" bewahrt, ohne sich jedoch hierin zu erschöpfen. Wenn es heißt, daß Personen gegenüber, die früher bereits zu Freiheitsstrafe verurteilt sind und die Strafe ganz oder teilweise verbüßt haben, der bedingte Strafaufschub nur in besondern Fällen Platz greifen soll, so wird denjenigen, welche zwar zu Freiheitsstrafe verurteilt sind, aber infolge von Begnadigung, Verjährung usw. die Strafe nicht verbüßt haben, die Wohltat der bedingten Begnadigung offen gehalten. Hieraus ergibt sich auch, daß in Fällen, wo der Verurteilte bereits einmal mit Erfolg bedingt begnadigt gewesen ist, trotz der früheren Verurteilung noch einmal der bedingte Strafaufschub eintreten kann. In Belgien und Frankreich dagegen ist eine bedingte Strafaussetzung zum zweiten Mal ausgeschlossen. Denn die einschlägige

[2]) Nach dem Vorbild Englands auch die englischen Kolonieen: Neu-Seeland und Queensland (1886). Südaustralien (1887), Kanada (Gesetz von 1889, übernommen in das neue St.G.B. von 1892), Viktoria (1890), Westaustralien (1892) und Neu-Süd-Wales (1894).

Gesetzgebung dieser Länder macht zur Voraussetzung der bedingten Verurteilung, daß nicht schon früher eine Verurteilung zu einer Verbrechens- oder Vergehensstrafe stattgefunden hat[3]). In Luxemburg, Genf, Waadt und Tessin darf keine frühere Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe vorliegen. Der schweizerische Vorentwurf, gemäß den Beschlüssen der mit der Durchsicht des Vorentwurfes von 1896 beauftragten Expertenkommission (Juni 1903) läßt dagegen die Tatsache der Nichtverbüßung einer Freiheitsstrafe entscheiden. Das englische[4]) und portugiesische Gesetz fordern das Fehlen jeglicher Vorstrafe. Die übrigen ausländischen Gesetze sehen nicht in der kriminellen Unbescholtenheit, sondern in der bisherigen guten Führung des Angeklagten teils ausdrücklich (Norwegen, Gesetz von 1894, St.G.B. von 1902, in Kraft vom 1. Januar 1904 ab), teils implicite eine conditio sine qua non des bedingten Straferlasses. (Vgl. weiter unten Grundsatz 3.)

Grundsatz 3. Während in Sachsen, Hessen, Schwarzburg-Sondershausen bestimmte Grenzen, innerhalb welcher sich die den Gegenstand des Aufschubs bildende Strafe zu halten hat, nicht gezogen waren, kamen in Preußen, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Koburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Schaumburg-Lippe, Bremen, Hamburg, Elsaß-Lothringen vornehmlich nur sechs Monate Gefängnis nicht übersteigende Freiheitsstrafen für den bedingten Strafaufschub in Frage, ohne daß jedoch zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilte Personen von vornherein gänzlich unbeachtet geblieben wären. In Lübeck war bei Strafen von mehr als sechs Monaten die bedingte Begnadigung schlechthin ausgeschlossen. In Bayern, Württemberg, Oldenburg, Lippe wurde sie regelmäßig, in Baden ausnahmslos nur bei Strafen bis zu drei Monaten in Erwägung gezogen.

---

[3]) Im Falle der Bewährung des bedingt Verurteilten heißt es zwar: „la condamnation sera comme non avenue". Dieser Satz drückt indes nur aus, daß die Vollstreckung der Strafe ipso iure entfällt. Auch rückfallbegründend ist die bedingte Verurteilung. Über die Auslegung des citierten Satzes vergl. Rosenfeld, Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? 1890 S. 138 f. Das Gesetz vom 12. Dezember 1900 für den Kanton Tessin sagt gleichfalls „Die Verurteilung ist als nicht erfolgt anzusehen", und verbindet damit denselben Sinn wie Frankreich und Belgien. Die Vorschriften über den Rückfall werden ausdrücklich aufrecht erhalten.

[4]) Ebenso die Gesetze der englischen Kolonieen.

Wie die zuerst angeführte Staatengruppe, verzichtet Grundsatz 3 auf Ziehung einer Höchstgrenze. Die Fassung, daß die Höhe der erkannten Freiheitsstrafe die Gewährung des bedingten Strafaufschubs „nicht grundsätzlich ausschließen" solle, läßt immerhin ersehen, daß für die Regel an Freiheitsstrafen kürzerer Dauer gedacht ist. Im übrigen will Grundsatz 3 nicht ausschließen, daß, wie in der bisherigen Praxis, nicht nur diejenigen Freiheitsstrafen, auf welche in erster Linie erkannt ist, sondern auch die an Stelle einer nicht beizutreibenden Geldstrafe tretenden den Gegenstand der bedingten Begnadigung bilden. Nach wie vor kommt hiernach dem Täter, gegen den ausschließlich auf Geldstrafe erkannt ist, nur im Fall ihrer Nichtbeitreibbarkeit die Vergünstigung des bedingten Strafaufschubs zu gute. Die bedingte Verurteilung des geltenden ausländischen Rechts macht regelmäßig keinen Unterschied zwischen Geld- und Freiheitsstrafe; nur Portugal beschränkt die Anwendung der Maßregel auf Freiheitsstrafen. Dasselbe tun die Gesetzentwürfe für Ungarn, die Schweiz und die Niederlande. Der Höchstbetrag der den Gegenstand der bedingten Verurteilung bildenden Freiheitsstrafe wird von denjenigen Staaten, welche nicht wie der für die bedingte Begnadigung in Deutschland geltende Grundsatz auf Festsetzung einer Maximalgrenze verzichten (Portugal und Norwegen), überwiegend auf sechs Monate bestimmt. Auch die Entwürfe für die Schweiz und die Niederlande[5]) setzen diese Höchstgrenze. Das neue norwegische Strafgesetzbuch bestimmt das Maximum bei Haft auf sechs, bei Gefängnis auf drei Monate. Nach dem englischen Gesetz von 1887 (desgleichen nach den Gesetzen der englischen Kolonieen) kommen nur Handlungen in Betracht, die mit keiner höheren Strafe als zweijährigem Gefängnis, nach dem ungarischen Entwurf von 1892 nur solche, die mit keiner schwereren Strafe als einjährigem Gefängnis bedroht sind. Der schweizerische Kanton Neuenburg beschränkt die Anwendung der bedingten Verurteilung auf die leichtesten Fälle des Diebstahls, der Unterschlagung und des Betrugs. Im übrigen werden in der ausländischen Gesetzgebung, abgesehen von der zu Grundsatz 2 erörterten kriminellen Unbescholtenheit des Täters, Geringfügigkeit des Delikts, besonders mildernde Umstände, unter denen es begangen

[5]) Der niederländische Entwurf nimmt die wegen Feldfrevel, Bettelei und Landstreicherei verhängten Strafen aus.

ist, bisherige gute Führung, Geständnis des Täters (Neuenburg), die Beweggründe[6]), Ersatz des angerichteten Schadens[6]), voraussichtlicher Nichtrückfall[6]), Ablauf längerer Zeit seit Verübung des Delikts[7]), als Bedingungen des Strafaufschubs hervorgehoben — alles Momente, welche an sich geeignet sind, die Strafe zu mildern.

Grundsatz 4. Die zur Herbeiführung der Bewilligung des Strafaufschubs berufenen Organe waren bis zum 1. Januar 1903 in Preußen und den meisten übrigen Staaten für schöffengerichtliche und amtsgerichtliche Sachen die Amtsgerichte, für die übrigen Strafsachen die Staatsanwaltschaften. Nur in Bayern vertrat der Amtsanwalt die Stelle des Amtsrichters in den andern Staaten. Eine Mitwirkung des erkennenden Gerichts war bislang in Württemberg und Mecklenburg-Schwerin dergestalt vorgesehen, daß es ihm freistand, bei der Urteilsfällung einen Beschluß dahin zu fassen, daß es den Strafaufschub für angezeigt erachte. In Württemberg wurde das Gericht zudem über die Frage der endgültigen Begnadigung gutachtlich gehört. In Hessen war für den Fall der Verschiedenheit des aburteilenden und vollstreckenden Gerichts gegenseitige Verständigung angeordnet; gingen die Meinungen auseinander, erfolgte selbständige Vorlage seitens des erkennenden Richters, wenn ihm ein Akt der Gnade am Platze erschien. In Schaumburg-Lippe konnte die Aussetzung der Strafvollstreckung sowohl von der Staatsanwaltschaft als dem erkennenden Gericht in Antrag gebracht werden. In Bremen waren die erkennenden Gerichte ausschließlich berufen.

Nunmehr darf das erkennende Gericht überall nicht übergangen werden. In Preußen ist hierzu unter dem 10. Dezember 1902 folgende Ausführungsbestimmung ergangen[8]):

1. Wird eine Person, die zur Zeit der Begehung der ihr zur Last gelegten Straftat das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, und eine Freiheitsstrafe noch nicht verbüßt hat, zu einer Freiheitsstrafe von nicht längerer als sechsmonatiger Dauer an erster Stelle oder für den Unvermögensfall verurteilt, so hat im Anschluß an den Erlaß

---

[6]) So der schweizerische Entwurf.

[7]) So das norwegische Strafgesetzbuch von 1902.

[8]) Im wesentlichen gleichinhaltliche Ausführungsbestimmungen sind in Bayern, Sachsen, Oldenburg, Hessen, Weimar, Meiningen erlassen.

des Urteils eine Äußerung des Gerichts darüber zu erfolgen, ob nach dem in der Hauptverſammlung von dem Gerichte gewonnenen Eindrucke die Bewirkung eines Strafaufſchubs auf Grund des Allerhöchſten Erlaſſes vom 23. Oktober 1895 in Ausſicht zu nehmen iſt oder nicht.

2. In gleicher Weiſe iſt zu verfahren, wenn, abgeſehen von den Fällen der Nr. 1, ausnahmsweiſe nach dem in der Hauptverhandlung von dem Gerichte gewonnenen Eindrucke die Bewirkung des Strafaufſchubs in Ausſicht zu nehmen iſt.
3. Will die Strafvollſtreckungsbehörde einen Strafaufſchub erwirken, ſo hat ſie, ſofern eine Äußerung des Gerichts nicht ergangen iſt, nach Abſchluß ihrer Ermittelungen die Akten dem Gericht zur nachträglichen Äußerung vorzulegen.
4. Die Äußerungen des Gerichts (Nr. 1, 2, 3) werden von dem Vorſitzenden ſchriftlich auf einem beſondern Blatt abgegeben und ſind in gedrängter Form zu begründen .... (folgen Beſtimmungen über die Art ihrer Aufbewahrung).
5. Hat das Gericht ſich für die Erwirkung des Strafaufſchubs ausgeſprochen, ſo darf die Strafvollſtreckungsbehörde die Einſtellung des Falles in das Verzeichnis A[9]) nicht ablehnen, auch wenn ſie einen Aufſchub nicht befürwortet. Vielmehr hat dieſe Einſtellung einweilen zu erfolgen und iſt die höhere Entſcheidung abzuwarten. Der Antrag auf Bewilligung einer Bewährungsfriſt iſt in dieſem Fall ein bedingter. Dem Verzeichnis ſind in ſolchen Fällen bei der Einreichung, wenn dies erforderlich erſcheint, die Akten beizufügen.

6.
7. ..... (enthalten Beſtimmungen techniſcher Art bezüglich des Verzeichniſſes A).

8. Die Entſcheidung des Juſtizminiſters iſt dem erkennenden Gerichte durch Vorlegung bekannt zu machen.
9. Die Beamten der Staatsanwaltſchaft haben bei der Einleitung eines Strafverfahrens gegen Perſonen der in Nr. 1 bezeichneten Art darauf Bedacht zu nehmen, daß die Umſtände, welche für die Frage der ſpäteren Straf-

[9]) Liſte der zur bedingten Begnadigung empfohlenen Perſonen.

aussetzung erheblich sein könnten, bereits im Verfahren aufgeklärt werden, soweit dies ohne Gefahr einer Verzögerung oder einer Beeinträchtigung des Zwecks des Strafverfahrens geschehen kann.

Durch die obligatorische Mitwirkung des erkennenden Gerichts, das sein Votum von Amtswegen und auf Grund des in der Hauptverhandlung gewonnenen Eindrucks abzugeben hat, ist der im Wege der Gnade erfolgende bedingte Straferlaß der deutschen Bundesstaaten der ausländischen bedingten Verurteilung beziehungsweise Strafaussetzung[10]), welche durch den erkennenden Richter ausgesprochen wird, beträchtlich genähert worden. Im schweizerischen Kanton Tessin (Gesetz vom 12. Dezember 1900) gilt die Besonderheit, daß der Strafaufschub vom Gericht nur auf Antrag der Verteidigung und nach Anhörung der Staatsanwaltschaft ausgesprochen werden kann. In Italien hat sich die zur Beratung einer Strafprozeßnovelle staatlich berufene Kommission neuerdings (März 1900), unter Ablehnung der bedingten Verurteilung, für Einführung der bedingten Begnadigung, die auf Grund eines gerichtlichen Gutachtens von der Staatsanwaltschaft zu beantragen sei, ausgesprochen. Im Oktober 1900 ist ein größerer Personenkreis durch königlichen Amnestieerlaß bedingt begnadigt worden. (Italien. Justizmin.-Bl. vom 11. Oktober 1900.)

Grundsatz 5. Er soll verhindern, daß im Fall der Bewährung die Sache durch die Verjährung, und nicht durch ausdrücklichen Straferlaß ihre endgültige Erledigung findet. Dieser Erfolg war in der bisherigen Praxis nicht ausgeschlossen. In einer Reihe von Staaten (Sachsen, Württemberg, Hessen usw.) bestanden überhaupt keine Vorschriften über die Bemessung der Bewährungsfrist. In Preußen, Oldenburg, Anhalt und Lübeck betrug die Frist in der

---

[10]) In einer Anzahl ausländischer Staaten handelt es sich nicht um eine Aussetzung des Urteilsspruches, wie in Massachusetts (bis zum Gesetz v. 10. Juli 1900, welches gleichfalls das „europäische" System acceptiert hat; vgl. hierüber Gruber, Ger.-Saal, Bd. 62 S. 211), England und nach dem belgisch-französischen System, sondern um eine Aussetzung der Strafvollstreckung. So in Norwegen, Queensland, Neu-Süd-Wales, Süd-Australien und Victoria. Insbesondere kennen nur bedingten Straferlaß, nicht bedingte Verurteilung, sämtliche neueren Entwürfe. Ein neues Gesetz für New-York von 1901 kennt sowohl Aufschub der Urteilsfällung, als Aufschub der Strafvollstreckung, vgl. Gruber a. O. S. 217 ff.

Regel zwei Jahre, für leichtere Fälle ein Jahr oder noch weniger, und bei denjenigen Sachen, wo die Vollſtreckung bereits in zwei Jahren verjährt, ein beziehungsweiſe ein halbes Jahr. In Mecklenburg-Schwerin war die regelmäßige Friſt drei Jahre, für die Fälle der kurzen Vollſtreckungsverjährung bis ein und ein halbes Jahr. In Baden wurde die Strafvollſtreckung für gewöhnlich zwei Jahre ausgeſetzt; war dieſe Friſt abgelaufen, erfolgte weiterer Strafaufſchub bis zur Verjährung der Vollſtreckung. In Schwarzburg-Sondershauſen fiel Bewährungs- und Verjährungsfriſt gänzlich zuſammen. Grundſätzlich kam hier ſomit die erſte Verurteilung im Fall der Bewährung bei ſpäteren Verurteilungen für die Frage des Rückfalls nicht in Betracht. Außer acht ließen die Beziehung zur Verjährung Bayern (die Bewährungsfriſt war hier auf ein bis fünf Jahre beſtimmt) und Hamburg (regelmäßige Friſt drei Jahre, bei Übertretungen ein Jahr).

Wenn die bedingte Begnadigung, ihrem Weſen entſprechend, darauf Gewicht legen muß, daß der Straferlaß nicht als ipsa lege-Folge der Bewährung, vielmehr durch Vermittelung eines Aktes der Gnade eintritt, demgemäß für ſie das Bedürfnis beſteht, den Einfluß der ipso iure wirkenden Verjährung auszuſchalten, ſo fällt dieſer Geſichtspunkt bei der bedingten Verurteilung des Auslandes naturgemäß fort. So finden wir denn, daß die ausländiſche Geſetzgebung die Bewährungsfriſt unabhängig von dem Zeitraum, in welchem die Vollſtreckung der bedingt erkannten beziehungsweiſe ausgeſetzten Strafe verjährt, regelt. Völlige Freiheit des richterlichen Ermeſſens herrſcht in Maſſachuſetts, England und ſeinen Kolonieen. Eine Schranke iſt ihm gezogen durch eine Höchſtdauer der Bewährungsfriſt in Belgien (fünf Jahre), durch eine Mindeſt- und Höchſtgrenze in Genf, Waadt, Portugal und nach dem ſchweizeriſchen Entwurf (zwei bis fünf Jahre). Für alle Fälle gleichmäßig iſt die Dauer der Probezeit vom Geſetz beſtimmt in Frankreich, Teſſin (auf fünf Jahre), in Luxemburg (desgleichen, nur für geringfügige Straftaten auf zwei Jahre), in Norwegen (auf drei Jahre).

Soweit die am 1. Januar 1903 für die deutſchen Bundesſtaaten in Geltung getretenen Grundſätze eine ausdrückliche Regelung nicht enthalten, verbleibt es bei dem bisherigen Zuſtand. Verſchiedenheiten der Entwicklung waren hier nicht auszugleichen. Insbeſondere findet während der Probezeit eine beſondere Über-

wachung, abweichend von der amerikanischen Gesetzgebung, derjenigen einiger englischer Kolonieen (Neuseeland, das, wie Massachusetts, die Bestellung von probation officers vorgesehen hat, und andre) und des schweizerischen Kantons Neuenburg, nach wie vor nicht statt [11]). Ein Anklang an das im Prinzip abgelehnte Überwachungssystem findet sich bei der bedingten Begnadigung nur insofern, als in Bremen die Vollstreckungsbehörde alljährlich von der Polizei des Aufenthaltsortes des Verurteilten Auskunft über dessen Führung einzuziehen hat, und in den übrigen Bundesstaaten die Verpflichtung des Verurteilten besteht, bei Gefahr des Verlustes der ihm bewilligten Vergünstigung einen etwaigen Wohnungswechsel anzuzeigen.

Auch daran ist nichts geändert, daß Voraussetzung für die endgültige Begnadigung des bedingt begnadigten Verurteilten seine „gute Führung" während der ihm bewilligten Bewährungsfrist ist. Die bedingte Begnadigung der deutschen Bundesstaaten befindet sich hier in Übereinstimmung mit der bedingten Verurteilung des englisch-amerikanischen Systems. Da das gesamte Verhalten des Verurteilten während der Probezeit in Betracht gezogen wird, gibt die Vermeidung einer weiteren kriminellen Verurteilung noch keine Anwartschaft auf den Erlaß der Strafe, besteht anderseits nicht die Notwendigkeit, bei erneuter Verurteilung, ungeachtet der Geringfügigkeit der neuen Straftat, auf alle Fälle die Wohltat des Straferlasses vorzuenthalten, wie dies nach dem belgisch-französischen System der Fall ist, wo die Verurteilung zu einer Verbrechens- oder Vergehensstrafe den Widerruf der Vergünstigung stets nach sich zieht [12]) Anderseits kann dort der bedingt Verurteilte während der Bewährungsfrist einen noch so anfechtbaren Lebenswandel führen — wenn er nur versteht, einer Verurteilung zu entgehen, so hat er sich „bewährt" und braucht die bedingt erkannte Strafe

---

[11]) Der schweizerische Vorentwurf von 1903 (Art. 57) sieht eine regelmäßig eintretende „Schutzaufsicht" vor.

[12]) Luxemburg stellt die Verurteilung zu Polizeigefängnis innerhalb bestimmter Grenzen der Verurteilung zu einer Vergehensstrafe gleich. In Portugal lebt die Wirkung des bedingt ergangenen Urteils nicht nur bei Verurteilung wegen Verbrechen oder Vergehen, sondern bei jeder neuen Verurteilung auf. Nach dem schweizerischen Vorentwurf ist Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens entscheidend; auch fortgesetzter Ungehorsam gegenüber den Weisungen des Gerichts zieht den Strafvollzug nach sich.

nicht zu verbüßen. Die Mitte zwischen dieser schablonenhaften äußerlichen Regelung und der freieren Gestaltung der bedingten Begnadigung der Bundesstaaten wie der bedingten Verurteilung des englisch-amerikanischen Systems hält Norwegen (Gesetz von 1894 und neues St.G.B.) ein. Grundsätzlich führt auch hier die Verurteilung zu einer neuen Strafe während der Probezeit zur Vollstreckung der ausgesetzten Strafe; das Gericht kann aber gegenüber minder erheblichen Straftaten es je nach den Umständen des Falles auch bei einer Verlängerung der Probezeit bewenden lassen. Anderseits hat der Verurteilte die Wohltat des Strafaufschubs auch dann verwirkt, wenn der Verurteilte der ihm auferlegten Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten schuldhafterweise nicht nachkommt. Auch nach dem niederländischen Gesetzentwurf braucht nicht erst eine neue, mit der früheren gleichartige Straftat begangen zu werden, damit die aufgeschobene Strafe vollstreckbar sei; es genügt vielmehr, daß zu befürchten steht, der Verurteilte werde eine solche Straftat begehen.

II. Die Anwendung der Vorschriften über die bedingte Begnadigung seit der Einführung dieser Einrichtung bis zum 31. Dezember 1902.

1. Seit der Einführung der bedingten Begnadigung bis zum 31. Dezember 1902 ist die Aussetzung der Strafvollstreckung mit Aussicht auf Begnadigung im ganzen 52 268 Personen gewährt worden. Für die Zeit bis zum 31. Dezember 1898 kommen durchschnittlich auf das Jahr 6041 Fälle. Seitdem hat die Zahl mit jedem Jahre, und zwar besonders stark im letzten Jahre zugenommen. Die Zunahme betrug

im Jahre	gegenüber dem Vorjahre		gegenüber dem Durchschnitt für die Zeit bis Ende 1898	
	absolut	in %	absolut	in %
1899	—	—	958	16
1900	177	3	1136	19
1901	1204	17	2340	39
1902	3034	36	5374	89

Während die Zahl der Fälle im Jahre 1902 gegenüber dem Vorjahre in den meisten Staaten nicht unbeträchtlich zugenommen

hat, findet sich eine, wenn auch unerhebliche Verminderung bei Sachsen, Hessen, Oldenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Bremen und Elsaß-Lothringen.

Die Häufigkeit des bedingten Strafaufschubs im Verhältnis zu der Zahl derjenigen Verurteilten, gegenüber welchen die Gewährung von Strafaufschub möglich war, hat sich nicht berechnen lassen, da die letztgedachte Zahl ziffernmäßig nicht feststeht. Dagegen vergleicht die Denkschrift auf Grund der Ermittelungen der Kriminalstatistik die einzelnen Bundesstaaten hinsichtlich der Häufigkeit der bedingten Begnadigung untereinander.

Setzt man die Zahl der Personen, denen 1899 bis 1902 im Durchschnitt eines Jahres der bedingte Strafaufschub zu Teil wurde, in Beziehung zu dem Durchschnitte der 1899 und 1900[13]) wegen Verbrechen oder Vergehen gegen Reichsgesetze rechtskräftig Verurteilten, so ergibt sich Folgendes:

Auf je 100 verurteilte Jugendliche kommen Fälle des bedingten Strafaufschubs in

Sachsen-Coburg-Gotha	36
Sachsen-Meiningen	27
Bremen	22
Lippe	22
Mecklenburg-Schwerin	21
Hamburg	18
Lübeck	18
Preußen	16
Baden	15
Elsaß-Lothringen	12
Anhalt	12
Schwarzburg-Rudolstadt	12
Sachsen	10
Bayern	10
Schaumburg-Lippe	9
Württemberg	9
Oldenburg	8
Schwarzburg-Sondershausen	6
Hessen	4

[13]) Ermittelungen für die Jahre 1901 und 1902 lagen zur Zeit der Abfassung der Denkschrift noch nicht vor.

Auf je 100 verurteilte Erwachsene kommen Fälle des bedingten Strafaufschubs in

Hamburg	6,8
Sachsen-Coburg-Gotha	2,9
Schwarzburg-Sondershausen	2,8
Schaumburg-Lippe	1,3
Elsaß-Lothringen	0,6
Bremen	0,4
Sachsen	0,4
Sachsen-Meiningen	0,4
Mecklenburg-Schwerin	0,4
Baden[14])	0,4
Preußen	0,3
Lippe	0,3
Lübeck	0,2
Schwarzburg-Rudolstadt	0,2
Bayern	0,2
Anhalt	0,2
Württemberg	0,1
Hessen	0,1
Oldenburg	0,0

Für Preußen haben die Fälle, in denen das Begnadigungsrecht dem Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten zusteht, keine Aufnahme gefunden.

2. Der Natur der Sache nach waren es überwiegend Männer, denen die Maßregel zu Gute kam (77 pCt.). Immerhin ist die Zahl der beteiligten Personen weiblichen Geschlechts (23 pCt.) höher, als sich gegenüber der allgemeinen Kriminalität, wie sie auf Grund der Kriminalstatistik für dieses Geschlecht ermittelt ist[15]), erwarten läßt. Dem Grundsatz, die bedingte Begnadigung in erster Reihe jugendlichen Personen zu gewähren, entspricht es, daß fast vier Fünftel aller Fälle (79 pCt.) Jugendliche betreffen. Im allgemeinen ist die Maßregel auf Personen beschränkt geblieben, die noch keine Freiheitsstrafe verbüßt hatten. Nur zwei Prozent aller Fälle betraf

---

[14]) Hier finden Erwachsene erst seit dem Allerhöchsten Erlaß vom 14. November 1901 (ausnahmsweise) Berücksichtigung.

[15]) Von den im Jahre 1900 wegen Verbrechen oder Vergehen gegen Reichsgesetze verurteilten Personen sind 15,5 pCt. weiblichen Geschlechts.

Digitized by Google

solche Personen, welche schon früher zu Freiheitsstrafe verurteilt worden waren.

Die strafbare Handlung, auf welche sich die bedingte Begnadigung bezog, war meistens (in 68 pCt. aller Fälle) ein Vergehen; die übrigen Fälle verteilen sich ungefähr je zur Hälfte auf Verbrechen und Übertretungen.

Die Strafe, für welche der Aufschub bewilligt wurde, war in der Mehrzahl der Fälle (70 pCt.) von einem Amtsgericht oder Schöffengericht erkannt worden. Überwiegend handelte es sich um Gefängnisstrafen (85 pCt.), seltener um Haftstrafen (15 pCt.), nur ganz vereinzelt um Zuchthaus oder Festungshaft. Die Dauer der ausgesetzten Gefängnisstrafe betrug in beinahe zwei Dritteln der Fälle (55 von 85) eine Woche oder weniger. Die Zahl der Fälle, in denen diese Strafe einen Monat überstieg, ist nur etwa ein Zehntel (9 von 85) der Gesamtzahl. Hieraus ergibt sich, daß die Maßregel der bedingten Begnadigung hauptsächlich als Ersatz für die in ihrer Wirkung häufig schädlichen kurzzeitigen Freiheitsstrafen Platz gegriffen hat.

Die Bewährungsfrist war in der großen Mehrzahl der Fälle (85 pCt.) auf weniger als drei Jahre bemessen; nur bei 15 pCt. aller Fälle betrug sie drei Jahre oder mehr.

Veränderungen in den vorstehend bezeichneten Richtungen sind während des in Frage kommenden Zeitraums nicht eingetreten; die Verhältniszahlen sind für die einzelnen Jahre fast die gleichen.

Auch zwischen den einzelnen Bundesstaaten treten im allgemeinen nur geringe Unterschiede hervor.

Mit Bezug auf das Alter der Verurteilten nehmen zur Zeit noch Hamburg, in geringerem Umfange auch Schwarzburg-Sondershausen eine abweichende Stellung ein. In Hamburg entfielen 80 pCt. der bewilligten Strafaussetzungen auf Erwachsene, während in den andern Bundesstaaten der Anteil der Erwachsenen regelmäßig noch nicht ein Viertel beträgt. Wie aus der oben mitgeteilten Berechnung hervorgeht, beruht dies darauf, daß bisher in Hamburg die Erwachsenen sehr viel häufiger als in andern Bundesstaaten den Strafaufschub erlangten. Der auf die Erwachsenen entfallende Anteil an den Strafaussetzungen hat übrigens schon in den letzten vier Jahren mit jedem Jahre etwas abgenommen (1899: 85, 1900: 81, 1901: 78, 1902: 75).

Was die Art der Straftaten betrifft, für welche Strafaufschub bewilligt wurde, so zeigen nur Bayern und Elsaß-Lothringen eine Eigentümlichkeit.

Während die meisten Bundesstaaten vorwiegend für Vergehen den Aufschub der Strafvollstreckung gewähren, findet er in Bayern und Elsaß-Lothringen in weitem Umfange auch bei Übertretungen statt (in Bayern 56 pCt, in Elsaß-Lothringen 41 pCt.). Dementsprechend treten in diesen Staaten auch die Haftstrafen (Bayern 56 pCt., Elsaß-Lothringen 42 pCt.) und die kurzen (weniger als zwei Jahre betragenden) Bewährungsfristen (Bayern 55 pCt., Elsaß-Lothringen 62 pCt.) mit großen Verhältniszahlen hervor.

3. Weiter gibt die Denkschrift einen Überblick über die Art der Erledigung der Fälle, in denen ein Strafaufschub mit der Aussicht auf Begnadigung für den Fall guter Führung bewilligt worden ist. Dabei sind aus der Gesamtzahl der bewilligten Aussetzungen der Strafvollstreckung zunächst diejenigen Fälle ausgeschieden, welche am 1. Januar 1903 noch nicht endgültig erledigt waren. Ihre Zahl beträgt für alle beteiligten Bundesstaaten 19 699 oder 38 pCt. dieser Gesamtzahl. Endgültig erledigt sind danach bis zum 31. Dezember 1902 32 569 oder 62 pCt. aller Fälle. Weiter sind noch die Fälle (904 oder 2,0 pCt.) abgesetzt, welche durch Tod oder Flucht des Verurteilten oder durch sonstige Umstände (insbesondere durch eine vor Ablauf der Bewährungsfrist erfolgte Amnestie) eine Erledigung gefunden haben, bei welcher die Frage, ob sich der Verurteilte bewährt habe, unentschieden bleibt. Auf diese Weise verbleiben 31 665 Fälle (60,0 pCt. der Gesamtzahl), hinsichtlich deren die Frage, ob der Verurteilte sich bewährt hat, beantwortet werden kann. Für je hundert solcher Fälle ist berechnet, wie viele von ihnen mit der endgültigen Begnadigung abgeschlossen haben; die Höhe der fraglichen Verhältniszahl zeigt an, in welchem Umfang der Zweck der Einrichtung, eine Besserung des Verurteilten ohne Strafvollstreckung herbeizuführen, erreicht worden ist.

Nach den bis zum Ende des Jahres 1902 vorliegenden Ermittelungen beträgt die Verhältniszahl der endgültigen Begnadigungen für alle Bundesstaaten zusammengenommen 75,5 pCt. Da jedoch die Verhältniszahl der günstig erledigten Fälle, wenn die während der ersten Jahre nach Einführung der bedingten Begnadigung erledigten Fälle in die Berechnung einbezogen werden, durch den

Umstand herabgedrückt wird, daß die Begnadigung immer erst nach dem Ablauf der Bewährungsfrist erfolgt, die Verwirkung der Begnadigung dagegen schon im Laufe der Frist sich herausstellen kann, so sind, um das Ergebnis zuverlässiger zu gestalten, die ersten Jahre bis etwa 1899 ganz außer Betracht gelassen und für die spätere Zeit die Verhältniszahlen je nach den einzelnen Jahren gesondert berechnet worden.

Die Verhältniszahl betrug für die

im Jahre	1900	erledigten Fälle	80,2	pCt.
= =	1901	= =	81,0	=
= =	1902	= =	80,9	=

Hiernach haben in den letzten drei Jahren stets mehr als vier Fünftel der Fälle einen günstigen Ausgang gehabt. Auch diese Zahlen bleiben jedoch hinter dem wirklichen Verhältnisse mit Rücksicht darauf etwas zurück, daß bisher die Zahl der bewilligten Strafaussetzungen mit jedem Jahre zugenommen hat und ein Beharrungsstand noch nicht erreicht ist.

4. Hinsichtlich der endgültig erledigten Fälle enthält endlich die Denkschrift Ermittelungen über die Umstände, unter denen die Aussetzung der Strafvollstreckung erfolgt war, für die Jahre 1899 bis 1902.

Weibliche Personen haben verhältnismäßig häufiger die endgültige Begnadigung erlangt als männliche. Die Verhältniszahl beträgt bei den ersteren 85 pCt., bei den letzteren 78 pCt.

Andererseits stellt sich das Verhältnis für erwachsene Personen besser (87 pCt.) als für Jugendliche (78 pCt.). Nach den Vorschriften aller beteiligten Bundesstaaten wird aber Erwachsenen die bedingte Begnadigung nur auf Grund einer erheblich schärferen Vorprüfung zu Teil. Die Denkschrift knüpft hieran die Betrachtung, daß der Erfolg der Maßregel bei den Erwachsenen keinesfalls die Vermutung rechtfertige, daß sie sich für diese mehr eigne, als für Jugendliche, sondern nur die Annahme bestätige, daß im allgemeinen die Wahrscheinlichkeit eines günstigen Ausgangs sich erhöht, wenn der Bewilligung des Aufschubs eine strenge Prüfung des einzelnen Falles vorangeht.

Für Personen, die vor der Bewilligung eines Strafaufschubs schon eine Freiheitsstrafe verbüßt haben, stellt sich die Verhältniszahl der endgültigen Begnadigungen wesentlich ungünstiger (55 pCt.),

als für die noch unbestraften (80 pCt.), obwohl gerade bei jenen die Bewilligung nur ausnahmsweise und nach eingehender Würdigung aller Umstände erfolgt. Hieraus erhellt, daß die erstmalige Berührung mit der Strafanstalt häufig die Scheu vor der Freiheitsstrafe bricht und den Rückfall begünstigt.

Der Vergleich der Ergebnisse mit Rücksicht auf die Art der strafbaren Handlungen zeigt nur geringe Unterschiede. Der Hauptsache nach ist die Verhältniszahl der endgültigen Begnadigungen bei den schwereren Straftaten etwas niedriger, als bei den leichteren (bei Verbrechen 77 pCt., bei Vergehen 80 pCt, bei Übertretungen 84 pCt.). Die Denkschrift weist hierbei darauf hin, daß für die leichteren Handlungen die Bewährungsfrist kürzer bemessen zu werden pflegt, als für die schwereren, und daß die verminderte Dauer der Probezeit die Aussichten des Verurteilten, zur Begnadigung zu gelangen, erhöht.

Bei den Fällen, in denen das Urteil von einem Amtsgericht oder einem Schöffengericht erlassen ist, und bei denjenigen, in welchen eine Strafkammer oder ein Schwurgericht in erster Instanz erkannt hat, sind die Ergebnisse ziemlich gleich (79 beziehungsweise 82 pCt.).

Für die zu Haft Verurteilten ist die Verhältniszahl (84 pCt.) höher als für die zu Gefängnis Verurteilten (79 pCt.).

Der Vergleich der Strafen, auf die in den erledigten Fällen erkannt war, hinsichtlich ihrer Dauer miteinander zeigt, daß der Erfolg der bedingten Begnadigung bei Gefängnisstrafen von einer Woche und weniger am größten war (80 pCt). Die Verhältniszahlen bei den Gefängnisstrafen von längerer Dauer sind nahezu gleich hoch (77 bis 81 pCt.).

Was endlich den Einfluß der Länge der Bewährungsfristen betrifft, so wird als unverkennbar bezeichnet, daß sich die Ergebnisse um so weniger günstig gestalten, je weiter die Probezeit ausgedehnt wird. Bei einer Frist von weniger als zwei Jahren haben sich 81 pCt. der Verurteilten bewährt. Dagegen beträgt die Verhältniszahl bei einer Frist von zwei bis drei Jahren 80 pCt. und bei einer Frist von drei Jahren oder mehr 79 pCt.

Von den für 1899/1902 berechneten Verhältniszahlen weichen die Ermittelungen für die einzelnen Jahre nur unerheblich ab.

Die Ergebnisse in den einzelnen Bundesstaaten sind bei der Kürze des Zeitraums, über welchen sich die Ermittelungen erstrecken,

nur insoweit in Betracht gezogen, als die Zahlen durch ihre Höhe einige Sicherheit dafür bieten, daß sie nicht von zufälligen Umständen allzusehr beeinflußt sind. Was die hiernach in Betracht kommenden Gebiete betrifft, so beläuft sich, für die Zeit bis 31. Dezember des Jahres 1902 berechnet, die Verhältniszahl der endgültigen Begnadigungen

in	Mecklenburg-Schwerin	auf 85,3
=	Hamburg	= 84,7
=	Oldenburg	= 83,6
=	Sachsen-Coburg-Gotha	= 80,8
=	Anhalt	= 80,4
=	Elsaß-Lothringen	= 79,6
=	Bayern	= 78,3
=	Sachsen	= 74,9
=	Württemberg	= 73,2
=	Preußen	= 73,2
=	Sachsen-Meiningen	= 71,3
=	Bremen	= 66,8
=	Baden	= 66,1

Von geringen Ausnahmen abgesehen, ist der Prozentsatz der günstig erledigten Fälle in sämtlichen Staaten bei Personen weiblichen Geschlechts höher als bei Personen männlichen Geschlechts, und ebenso bei Erwachsenen höher als bei Jugendlichen. Größere Abweichungen beruhen fast durchweg darauf, daß den Verhältniszahlen geringe absolute Zahlen zu Grunde liegen.

5.

Die Deportation nach Sibirien vor und nach dem Gesetz vom 12. Juni 1900.

Von Aug. Loewenstimm, Oberlandesgerichtsrat in Charkoff.

Sibirien ist eine Hölle für die Deportierten.
Graf Speransky.

Die Deportation nach Sibirien ist in der wissenschaftlichen Literatur, in der Tagespresse und im russischen Reichsrat sehr oft besprochen worden; dessenungeachtet hat diese Frage bis heute ihr Interesse sowohl für den Rechtsgelehrten, als auch für den praktischen Kriminalisten bewahrt. Der gewissenhafte Richter und Verwaltungsbeamte, von denen die Anwendung dieser Maßregel abhängt, haben das Bedürfnis, sich darüber klar zu machen, worin eine derartige Strafe eigentlich besteht. Den Theoretiker dagegen reizt der Reichtum der Literatur und die Energie, mit welcher die Polemik geführt wird. Die Zahl der wissenschaftlichen Arbeiten, welche sich mit dieser wichtigen Frage befassen, ist enorm; aber der Kampf ist noch lange nicht entschieden, denn die Anhänger und Gegner der Deportation behaupten nach wie vor ihre Stellungen. Die erstern halten noch immer daran fest, daß die Deportation äußerst nützlich sei, weil sie dem Richter die Möglichkeit gewährt, das Verbrechen zu sühnen, ohne den Schuldigen einer schweren Kerkerstrafe zu unterwerfen. Außerdem kann, ihrer Meinung nach, der Verurteilte in der neuen Heimat, wo niemand sein Vorleben kennt, ein neues Leben beginnen. Die Gegenpartei erwidert dagegen, daß die Deportation viel härter ist, als die strengste Gefängnisstrafe; das Land aber, welches das Unglück hat, als Strafkolonie benutzt zu werden, hat unter dem Einfluß der Verbrecher, welche jährlich aus der Metropole zu Tausenden importiert werden, kolossal zu leiden. Die Vertreter dieser beiden, sich vollständig widersprechenden Ansichten schöpfen ihre Argumente aus der reichen

Literatur. Dieselbe ist so umfangreich geworden, weil sehr viele Staaten die Deportation aus eigner Erfahrung kennen. Das alte Rom, Spanien und Portugal, Holland und England haben ihre Kolonieen dazu benutzt, um die schlechten Elemente, welche im Vaterland zu lästig wurden, dorthin zu schicken. Nur dann, wenn die Kolonie sich so stark entwickelt hatte, daß sie gegen einen derartigen Mißbrauch energisch protestieren durfte, wurde die Deportation allmählich aufgehoben[1]). Auf diese Weise haben sich Canada und die verschiedenen Staaten von Australien nach einer langen Reihe von Kämpfen von dieser lästigen Pflicht befreit. Frankreich hat bis jetzt zwei Strafkolonieen: Cayenne in der Guyana und Nouméa in Neu-Caledonien. Das Klima von Süd-Amerika ist für den Europäer sehr schädlich, die Sterblichkeit der Deportierten in Cayenne ist eine so starke, daß diese Kolonie im Volksmunde den Spitznamen „die trockene Guillotine" erhalten hat. Dieser Umstand hat die französische Regierung gezwungen, eine Strafkolonie in einer andern Gegend zu gründen. Die Wahl fiel auf die Inselgruppe von Neu-Caledonien, wo das Meer jede Möglichkeit zur Flucht abschnitt, das milde Klima und der fruchtbare Boden aber hoffen ließen, daß die Kolonisation günstige Resultate ergeben würde. Der größte Teil dieser Hoffnungen ist jedoch zu Wasser geworden. Die Insel ist von schlechten Elementen überschwemmt, Verbrecher aber, welche sich gebessert und ein neues Leben begonnen haben, sind kaum zu finden[2]).

Da sich also so viele Erfahrungen angesammelt hatten, so wurde in den juristischen Kreisen das Bedürfnis fühlbar, sich darüber auszusprechen, ob eine so harte Strafe, wie die Deportation, noch weiter geduldet werden könne. Infolgedessen wurde diese Frage dem Internationalen Gefängniskongreß von Stockholm vorgelegt. Die Gegner bildeten eine starke Majorität. Die Sektion und das Plenum votierten daher folgende Resolution: „Die Deportation bietet bei ihrer praktischen Ausführung sehr bedeutende Schwierigkeiten, welche ihre Anwendung unmöglich machen und jede Hoffnung ausschließen, daß sie allen Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechen kann."

Zum zweiten Mal wurde diese Frage auf dem Kongreß von

---

[1]) F. v. Holtzendorff, Die britischen Kolonieen, 1871 S. 13.

[2]) D. Drill, Die franz. Deportation nach Neu-Caledonien, (Journal des russ. Justiz-Ministeriums 1897 Nr. 2).

Paris ausführlich besprochen. Leveiller, der Schöpfer der Deportation nach Noumea, erwies sich natürlich als eifriger Verteidiger dieser Maßregel. Aber die Vertreter der andern Staaten (Belgien, Holland, Schweiz) und viele Russen (Drill, Foinitzky) bildeten die Gruppe der Gegner. Die Franzosen, welche zu den Sitzungen in großer Zahl erschienen waren, stimmten mit Leveiller. Der letztere fand auch einen Bundesgenossen in der Person des früheren Chefs der russischen Gefängnisverwaltung Galkin-Wraßky. Da die Deportation nach Sachalin ihm persönlich ihre Entwicklung verdankt, so ist es begreiflich, daß er für dieselbe eintrat, umsomehr, da er hauptsächlich diese Strafkolonie und nicht die sibirischen Gouvernements im Auge hatte.

Wir haben diese Polemik so ausführlich besprochen, weil auf dem Pariser Kongreß die Reden unsrer russischen Kollegen einer besondern Aufmerksamkeit gewürdigt wurden. Das ist aber auch ganz begreiflich. Jedermann weiß es, daß Rußland schon mehrere Hundert Jahre seine Sträflinge nach Sibirien deportiert. Infolgedessen besitzen wir eine so reiche Erfahrung, daß man von unsern Gefängnisbeamten eine genaue Kenntnis der lokalen Verhältnisse und eine Argumentation erwarten konnte, welche nur mit zweifellosen Tatsachen rechnete. Eine solche Annahme war umso berechtigter, da bis zur Publikation des Gesetzes vom 12. Juni 1900 die Deportation nach Sibirien auf Grund eines Urteils oder infolge einer administrativen Verordnung sehr oft angewandt wurde.

a) Auf Grund eines Urteils wurden folgende Kategorieen von Verbrechern deportiert und in Sibirien interniert:

1. Sträflinge, welche ihre Zuchthausstrafe (Katorga) in einer sibirischen Strafanstalt verbüßt hatten (§ 19 St.G.B.).

2. Personen, welche zu einer Deportation auf Lebenszeit verurteilt waren (§ 20 St.G.B.).

3. Personen aus privilegierten Ständen, welche nach Verlust der Ehren- und Standesrechte auf mehrere Jahre in Sibirien interniert werden sollten[2a]).

4. Landstreicher (Brodiagi).

[2a]) Das Strafgesetz machte einen Unterschied zwischen Deportation und Internierung. Der Deportierte verlor alle bürgerlichen Rechte, also auch Familien- und Eigentumsrechte (§ 26), der Internierte — nur die Ehrenrechte (§ 46). Die Deportation ist eine selbständige Strafe, die Internierung eine Ersatzstrafe für das Korrektionshaus.

b) Auf Grund einer administrativen Verordnung wurden nach Sibirien deportiert:

5. Bauern und Bürger, welche von Gerichtswegen ihre Ehrenrechte verloren hatten und nach Verbüßung einer Freiheitsstrafe im Korrektionshaus oder im Gefängnis, in den Verband ihrer Gemeinden nicht mehr aufgenommen wurden (§§ 48 und 49 St.G.B.).

6. Bauern und Bürger, welche wegen schlechten Lebenswandels, von ihren Gemeinden der Regierung zur Disposition gestellt wurden (§§ 186, 203, 205, 209, 210 der Bestimmungen zur Verhütung und Unterdrückung strafbarer Handlungen).

7. Administrativ Deportierte: α) Pferdediebe aus den Gouvernements Ufa, Astrachan, Orenburg, Turgaisk, und aus dem Kreise Salsk (Land der Donschen Kosacken); β) Kaukasier; γ) politische Verbrecher.

Um sich die Bedeutung dieser verschiedenen Kategorieen klar zu machen, wollen wir einige statistische Daten anführen. Von Gerichtswegen (s. o. Punkt 1—4) wurden nach Sibirien jährlich 3328 Menschen (darunter 429 Landstreicher) verschickt. Auf administrativem Wege wurde diese Maßregel viel häufiger angewendet. Wenn man die Durchschnittszahl von 10 Jahren (1887—1896) nehmen würde, so könnte man folgende Ziffern erhalten: von den Gemeinden wurden 2639 Personen, welche ihre Freiheitsstrafen verbüßt haben, resusiert; für schlechten Lebenswandel werden 2083 und auf Befehl der Verwaltungsorgane (Punkt 7) 315 Personen deportiert. Also auf administrativem Wege wurde diese Maßregel in 5027 Fällen angewendet, also um 1709 Fälle mehr als von Gerichtswegen. Summa summarum überschritten jährlich 8500 Sträflinge die sibirische Grenze. Die Gesamtzahl der Deportierten, welche im Jahre 1900 in diesem Lande interniert waren, erreichte die kolossale Ziffer von 300 000[3]).

Diese Zahlen geben uns eine genügende Erklärung, weshalb die Bürger und Bauern der sibirischen Städte und Dörfer die

---

[3]) Diese Zahlen sind dem Buch entnommen, welches den Titel führt: „Die Deportation nach Sibirien. Ihre Geschichte und gegenwärtige Lage, 1900." Dieses Buch ist eine offizielle Arbeit, und wurde speziell für die Kommission geschrieben, welcher die Ausarbeitung der Bestimmungen über Aufhebung der Deportation übertragen wurde. Es ist so inhaltreich, daß es jedem zu empfehlen ist, welcher sich für diese Frage interessiert und Material zu finden hofft, dessen Glaubwürdigkeit über jeden Zweifel erhaben ist.

Regierung beständig um Aufhebung der Deportation anflehen, welche für das Land schädlicher ist als die Pest. Leider wurden diese Bitten sehr lange gar nicht beachtet. Endlich hat der Bau der sibirischen Bahn die Regierung gezwungen, dieser Frage näher zu treten.

Im Jahre 1893 hatte der Gouverneur von Tomsk in seinem Jahresbericht auf den Schaden hingewiesen, den die Deportation dem Lande zufügt. Kaiser Alexander III. schrieb auf den Rand des Schriftstücks folgende Resolution: „Ich bin ganz derselben Meinung; es ist schon längst an der Zeit, Sibirien von der Überschwemmung durch europäische Verbrecher zu befreien." Trotzdem dieser Befehl klar und deutlich genug war, ließ die Reform dennoch auf sich warten. Die Sache wäre wahrscheinlich noch lange nicht in Gang gekommen, wenn die Gefängnisverwaltung nicht in das Ressort des Justizministeriums übergegangen wäre. Kaum war aber diese Änderung in der Administration geschehen, so wurde die Deportationsfrage aus dem Archiv herausgeholt.

Zu allererst wurde der Vortragende Rat D. A. Drill, welcher durch seine Arbeiten im Gebiete des Strafrechts in Rußland sehr bekannt ist, nach Sibirien kommandiert, um die Frage an Ort und Stelle in der Praxis zu studieren. Er begann seine Reise mit Neu-Caledonien, ging von dort nach der Insel Sachalin und kehrte über Sibirien zurück. Die Beobachtungen, welche er auf der Reise gemacht hatte, waren sehr trostlose. Seiner Meinung nach, ist die französische Deportation nach Noumea ebenso mißlungen, wie unsre nach der Insel Sachalin[4]). Im Jahre 1899 unternahm der Chef der Gefängnisverwaltung Alexander Salomon eine ähnliche Reise. Nachdem er die sibirischen Strafanstalten inspiziert und das Leben der Deportierten auf dem Festlande und auf der Insel Sachalin genau studiert hatte, kam er zu folgendem definitiven Schluß: „Die Deportation hat sich überlebt. Die Regierung hat verschiedene Versuche gemacht, sie zu organisieren; aber alle diese Anstrengungen haben keine günstigen Resultate ergeben; ein neues und besseres System kann man, leider, nicht erfinden."

---

[4]) Drill hat seine Berichte über diese Reise in zwei Aufsätzen publiziert: „Die französische Deportation nach Neu-Caledonien" (Journal d. Justiz-Ministeriums 1897, II); „Die Deportation und die Zuchthausstrafe in Rußland" (a. O. 1898, V).

Nachdem ein so hochgestellter Beamter, wie der Chef der gesamten russischen Gefängnisverwaltung, zu einem solchen Schluß gekommen war, konnte man an der Notwendigkeit einer Reform nicht mehr zweifeln. Im Jahre 1899 wurde eine Kommission gebildet, welche beauftragt war, ein Gesetz über die Aufhebung der Deportation auszuarbeiten. In den Akten der Gefängnisverwaltung und in der russischen Literatur hatte sich ein so reiches Material angehäuft, daß die Kommission sehr bald ihre Arbeiten beschließen konnte. Am 25. März 1900 unterbreitete der Justizminister sein Projekt dem Reichsrat und am 12. Juni erhielt das neue Gesetz die Allerhöchste Bestätigung. Diese Novelle hat das geltende Gesetz so stark geändert, daß wir die einzelnen Punkte ausführlich besprechen müssen.

1. Die Deportation von Gerichtswegen (§ 20 St.G.B.) ist als allgemeine Strafe aufgehoben und ist nur für wenige Verbrechen (gegen den Staat, gegen die Religion und für Duelle usw.) zulässig.

2. Die Internierung von Personen aus privilegierten Ständen in Sibirien (§§ 31 und 33 St.G.B.) ist aufgehoben.

3. Das Recht der Bauern- und Stadtgemeinden, ihren Mitgliedern, welche die Ehrenrechte verloren haben, nach Verbüßung der Freiheitsstrafe den Eintritt in den Verband der Gemeinde zu verbieten (§§ 48 und 49 St.G.B.), ist aufgehoben.

4. Das Recht der Stadtgemeinden, ihre schlechtbeleumdeten Mitglieder nach Sibirien zu deportieren, ist aufgehoben.

5. Ein gleiches Recht, welches den Bauerngemeinden zustand, ist noch erhalten, aber beschränkt, und dessen Anwendung an gewisse Garantieen gebunden.

6. Die Landstreicher sollen nur nach der Insel Sachalin deportiert werden.

Von allen diesen Bestimmungen erfordert bloß der fünfte Punkt eine Erläuterung.

Das Recht der Bauerngemeinden ist insofern beschränkt worden, daß die Familie des Bauern, welcher für schlechten Lebenswandel nach Sibirien verschickt werden soll, das Recht hat, ihn zu begleiten, aber nicht verpflichtet ist, es zu tun. Außerdem, falls die Familie in der Heimat verbleibt, so kann ihr das Recht auf die ihr zukommende Parzelle des Gemeindeackers nicht entzogen werden. Diese Bestimmung zeichnet sich dadurch vom geltenden Rechte aus, daß bisher Frau und Kind verpflichtet waren, dem Vater nach

Sibirien zu folgen (§ 225 der Bestimmungen zur Verhütung und Unterdrückung von Verbrechen). Nur der Verlust der Familienrechte, welcher durch Urteil für sehr schwere Verbrechen erfolgen konnte (§§ 19 und 20 St.G.B.), gab der Frau das Recht eine Scheidung der Ehe zu verlangen.

Um Mißbräuche, welche bei derartigen Gemeindebeschlüssen vorkommen können, so viel wie möglich vorzubeugen, bestimmt die Novelle vom 12. Juni 1900, daß die Bauernbeamten (Zemski Natschalniki) und die Adelsmarschälle diese Beschlüsse streng kontrolieren. Endlich werden der Gemeinde auch die Gesamtkosten zur Last gelegt, welche durch die Deportation des Bauern und seiner Familie entstehen können; falls aber die Landparzelle des Verbannten dem Gemeindeacker einverleibt wird, so muß die Gemeinde eine gewisse Summe bezahlen, um die Ansiedelung der Deportierten in der neuen Heimat zu erleichtern.

Nachdem wir den Inhalt der Novelle ausführlich besprochen haben, können wir nicht umhin, auf die großen und wohltätigen Folgen dieser Reform hinzuweisen. Zu allererst muß man bemerken, daß die Zahl der Deportierten stark sinken muß. Wie wir schon gesagt haben, wurden von Gerichtswegen jährlich 2899 Personen nach Sibirien verschickt; 2639 Personen wurden nach Verbüßung der Freiheitsstrafen von ihren Gemeinden refüsiert. Diese beiden Gruppen von Sträflingen werden den Ural nicht mehr überschreiten, da, wie gesagt, die Deportation als gesetzliche Strafe beinahe gänzlich aufgehoben ist und den Gemeinden das Recht, ihre Mitglieder zu refüsieren, genommen ist. Auf diese Weise werden statt 8500, bloß 3000 Personen jährlich deportiert werden.

Die Internierung in Sibirien auf mehrere Jahre war eine Strafe, welche nur für Leute aus privilegierten Ständen existierte, wenn dieselben ihre Ehrenrechte verloren hatten. Das geltende Strafgesetz kannte zwei Kategorieen von Schuldigen: die Bürger und Bauern erhielten Freiheitsstrafen (Gefängnis oder Korrektionshaus), während der Adelige im Norden Rußlands oder in Sibirien auf mehrere Jahre interniert wurde, wo er im angewiesenen Wohnort jede Art von Handel und Gewerbe treiben konnte (§§ 500 —504 des Kodex für Deportierte). Dieser Unterschied ist, Gott sei Dank, verschwunden. Vor dem Strafgesetz muß jeder gleich sein. Es war eine himmelschreiende Ungerechtigkeit, wenn der Klein-

bürger für jeden Betrug, Diebstahl oder Untreue ins Gefängnis wanderte, der Bankier aber, welcher seine Kunden um große Summen geprellt, und der Beamte, welcher schwere Vergehen im Dienst begangen hatte, sich in den sibirischen Städten bequem einrichten und die Früchte ihrer Tätigkeit genießen konnten.

Endlich hat die Novelle noch eine gute Seite: die Zahl der Frauen und Kinder in den Gefängnissen wird geringer werden. Diese Frage ist von großer Wichtigkeit, denn sie betrifft Personen, welche hinter Schloß und Riegel sitzen, ohne das Geringste verbrochen zu haben. Sie sind verhaftet worden, um dem Vater nach Sibirien zu folgen. Aus dem Bericht der Gefängnisverwaltung für das Jahr 1895 ist zu ersehen, daß die Zahl dieser Unglücklichen sehr bedeutend war, nämlich 2253.

Jedem Mann, der das Mitgefühl für seinen Nebenmenschen noch nicht verloren hat, flößen derartige Zustände ein Grauen ein. Wer als Staatsanwalt oder Richter die russischen Gefängnisse besucht hat, wird die Eindrücke nicht vergessen, welche die Frauenabteilung auf ihn gemacht hat. Die erstickende Luft, die bleichen Gesichter der Frauen, welche noch ihre eigene ärmliche Kleidung tragen, die verweinten Augen der schmutzigen und kranken Kinder — das sind die Farben des traurigen Bildes. Auf die Frage des inspizierenden Beamten, weshalb diese Frauen und Kinder im Gefängnis sind, bekommt man gewöhnlich die traurige Antwort: „wir gehen nach Sibirien, weil der Vater auf Beschluß der Gemeinde deportiert wird."

Das Leben in einem russischen Gefängnis ist nicht schön, denn die ganze Luft ist mit physischem und moralischem Gift durchtränkt. Es ist schwer, zu Mittag verfaulten Kohl und schlecht gebackenes Brot zu essen und die Nacht auf harten Pritschen zu schlafen; aber in jedem Gefängnis herrscht eine gewisse Ordnung, denn die Anstalt kann zu jeder Zeit vom Staatsanwalt, vom Landrat oder von anderen Beamten inspiziert werden. Aber von den Etappengefängnissen, welche auf der großen Straße nach Sibirien gebaut sind, kann man das nicht sagen. Je weiter nach Osten ein Transport Gefangener vordringt, desto größer wird die Macht der Landstreicher. In den Etappen besetzen sie die bequemsten Stellen; statt zu Fuß zu gehen, sitzen sie sehr oft auf den Wagen, welche für die Frauen und Kinder bestimmt sind; die armen Weiber dürfen aber den Strolchen nichts abschlagen, wenn ihnen ihr Leben lieb ist.

Die Folgen derartiger Mißstände machen sich, leider, stark bemerkbar. Als die Steppe bei Orenburg und Turkestan bevölkert wurde, erhielten unsere Soldaten die Erlaubnis, sich ihre Frauen zwangsweise nachkommen zu lassen[5]). Die armen Weiber wurden an ihrem Wohnort verhaftet und monatelang von Gefängnis zu Gefängnis geschleppt. Wenn die unglückliche Person endlich in ihrem Bestimmungsort angekommen war, so hatte sie während dieser unseligen Reise so viel Schimpf und Schande erduldet, daß sie oft nicht wagen konnte, ihrem Mann unter die Augen zu treten. Hart bei Orenburg ist eine Brücke über den Fluß Sakmara. Es ist öfter vorgekommen, daß die Soldatenweiber sich von dieser Brücke in den Fluß gestürzt haben.

Das sind natürlich Bilder aus der russischen Vergangenheit; aber die Zeiten, wo so etwas passieren konnte, sind gar nicht so ferne. In den letzten Jahren ist viel zur Besserung unsrer Gefängnisse geschehen, aber derartige Mißbräuche sind noch lange nicht verschwunden. Der Chef der Gefängnisverwaltung, Salomon, begegnete während seiner Reise in Ost-Sibirien einem Transport von Gefangenen, wobei Frauen und Männer voneinander nicht getrennt waren. Ein andermal fand er in einem solchen Transport einen 12jährigen Knaben, den die lasterhaften Landstreicher geschlechtlich mißbraucht hatten[6]). Wenn derartige himmelschreiende Tatsachen in Gefängnissen vorkommen, welche an der großen Straße liegen, und zwar so häufig, daß bei der Durchreise des Chefs der gesamten Gefängnisverwaltung die lokale Administration es für unnütz hält, sie zu verbergen, so kann man sich vorstellen, was in den kleinen Gefängnissen vorgeht, wenn kein strenger Inspektor erwartet wird.

In Anbetracht solcher Tatsachen und Gründe wagen wir es zu behaupten, daß der Transport der Frauen und Kinder per Schub (also mit den Sträflingen) nicht geduldet werden kann. Die Novelle aber vom 12. Juni 1902, welche die Familie von der Pflicht entbunden hat, dem Vater nach Sibirien zu folgen, halten wir unbedingt für gerecht, human und segensreich.

---

[5]) Das Leben im Gefängnisse, Notizen und Beobachtungen. Gewidmet dem IV. Gefängniskongreß von einem anonymen Verfasser. (Der Juristische Bote, 1890 II und IV.)

[6]) Salomons Bericht über seine Inspektionsreise, S. 75.

Wir können diesen Abschnitt nicht schließen, ohne das Gesetz zu erwähnen, welches einer Mutter erlaubt ihre Kinder bei sich zu behalten, nicht nur wenn sie zur Deportation, sondern auch zur Zuchthausstrafe (Katorga) verurteilt worden ist. Ein solches Recht wird in den §§ 969 und 970 St.P.O. und im § 261 des Kodex für Deportierte erwähnt, welche ausdrücklich verfügen, daß „neugeborene Kinder bei der Mutter gelassen werden". Dieses Gesetz zwingt uns unwillkürlich die Frage auf, was haben diese armen Wesen verbrochen, um, Dank dem Leben im Gefängnis, physisch und moralisch zu Grunde zu gehen? Man wird uns sagen, daß dieses Gesetz ein humanes ist, denn die Regierung wollte der Mutter ihr Kind, welches vielleicht ihr einziger Trost ist, nicht nehmen. Wir aber glauben, daß es viel humaner wäre, ein solches Kind in irgend ein Asyl zu placieren, statt es bei der Mutter zu lassen, welche ihm nichts bieten kann, als Not und Elend.

Nach dieser kleinen Abschweifung kehren wir wieder zum Gesetz vom 12. Juni 1902 zurück und wollen in Kürze seine Vorzüge zusammen fassen:

1. Die Zahl der Deportierten ist um ein Bedeutendes reduziert worden.
2. Der Unterschied vor dem Strafgesetz zwischen privilegierten und nicht privilegierten Ständen ist definitiv aufgehoben.
3. Die Zahl der Frauen und Kinder, welche unsre Gefängnisse beherbergen, wird hoffentlich kleiner werden.

Diese Vorzüge sind sehr bedeutend, und wir glauben daher behaupten zu können, daß diese Novelle ein wichtiger Schritt auf dem Wege zur weiteren Entwicklung unsrer Kultur und unsrer Rechtspflege ist. Leider können wir es nicht verbergen, daß sie auch eine Achillesferse besitzt, indem man den Bauerngemeinden das Recht gelassen hat, ihre Mitglieder für schlechten Lebenswandel zu deportieren. Eine solche Maßregel kann aber niemand gutheißen, welcher das Gefühl für Gerechtigkeit noch nicht verloren hat.

Die Frage über die Zulässigkeit einer solchen Deportation ist für uns Russen äußerst wichtig, denn der Kampf um den stetigen Fortschritt in der Kultur ist nicht leicht und manche falsche Ansicht, die nichts weiteres ist, als ein schädlicher Rest aus alter Zeit, welcher in den westlichen Staaten längst überwunden ist, muß bei uns erst bekämpft werden. Wir fürchten, daß der deutsche Leser alle

die Gründe, welche wir gegen die administrative Deportation geltend machen, für das Einrennen offener Türen hält, da es in einem kulturellen Staat unmöglich ist, einen Untertan ohne gerichtliches Urteil zu strafen. Aber wir wagen es dennoch, uns über diese Frage auszusprechen, weil dieser Aufsatz ein getreues Bild der russischen Verhältnisse geben soll. Nur bei einer ausführlichen Besprechung derselben sind wir im stande zu erklären, wie die Deportation, diese abgelebte, verknöcherte Institution, mit unserm ganzen Leben verwachsen ist.

Bevor wir aber mit der Kritik unsrer Novelle beginnen, müssen wir vorausschicken, daß das Justiz-Ministerium in dieser Angelegenheit äußerst vorsichtig gehandelt hat. Es konnte nicht darauf bestehen, daß den Bauerngemeinden das Recht der Deportation entzogen werde, weil sehr viele Personen gegen eine solche Reform eingenommen sind. Für eine schnelle und energische Durchführung derselben sind die sibirischen Gouverneure und Bürgermeister, welche sich persönlich überzeugt haben, wie groß der Schaden ist, welchen die Deportation dem Lande zufügt. Die Repräsentanten des europäischen Rußlands, der Adel und die Bauern, bestreiten dagegen die Notwendigkeit einer solchen Reform auf das entschiedenste. Dieses ist die Überzeugung der gesamten ländlichen Bevölkerung des zentralen Rußlands, und dagegen ist es schwer zu kämpfen, denn der Egoismus steckt tief im Blut eines jeden Menschen. Ihr persönliches Interesse flößt den Bewohnern des europäischen Rußlands den Wunsch ein, ihr Gouvernement, ihren Kreis oder ihr Dorf von den schlechten Elementen zu reinigen und dieselben nach Sibirien abzuschieben. Mit solchen Ansichten mußte das Justiz-Ministerium rechnen, und deshalb konnte es nicht den äußersten Schritt wagen, ohne die Interessen der Metropole auf das empfindlichste zu verletzen. Wir begreifen und würdigen die Vorsicht unsrer Verwaltung, aber wenn wir die Novelle vom wissenschaftlichen Standpunkt besprechen, so können wir ihren Hauptmangel nicht verschweigen, umsomehr, da wir persönlich fest überzeugt sind, daß die Deportation in allen Formen, namentlich aber die Deportation für schlechten Lebenswandel, in einem kulturellen Staatswesen nicht geduldet werden kann.

Bevor wir die Gründe auseinandersetzen, welche die Richtigkeit unsrer Meinung über die Deportation beweisen sollen, halten wir es

für notwendig, zu bemerken, daß wir zuerst einige Details der Novelle, und dann erst die Hauptfrage, ob die Deportation überhaupt zulässig ist, besprechen werden.

Von den kleinen Fehlern, welche sich in die Novelle eingeschlichen haben, ist an erster Stelle ein gewisser Widerspruch nicht zu verleugnen; die Bauerngemeinde darf ihren Mitgliedern nach Verbüßung der Freiheitsstrafe den Wiedereintritt nicht verweigern; aber nach wie vor kann sie dieselben wegen schlechten Lebenswandels nach Sibirien deportieren. Unter solchen Bedingungen ist es leicht möglich, daß ein Sträfling ohne weiteres aufgenommen wird, um einige Wochen später, in Anbetracht seiner Vergangenheit, für schlechten Lebenswandel deportiert zu werden, trotzdem er in dieser letzten Zeit nichts Sträfliches begangen hat. Gegen derartige Mißbräuche ist es sehr schwer zu kämpfen, weil das Gesetz nicht verlangt, daß die Beschlüsse der Bauerngemeinden ausführlich begründet werden.

Der Reichsrat scheint einen besondern Wert den Garantieen zuzuschreiben, welche er geschaffen hat, um eventuellen Mißbräuchen vorzubeugen. Aber bei genauer Analyse ist es leicht zu ersehen, daß diese Garantieen ziemlich ephemerer Natur sind. Das Justiz-Ministerium wollte die Deportation auf Grund des Gemeindebeschlusses nur dann gestatten, wenn der Schuldige schon mehrere Male gerichtlich bestraft worden war. Außerdem sollte eine Beschwerde an den Senat[7]) gegen die Bestimmung des Gouvernementamtes[8]), welches den Gemeindebeschluß zu bestätigen hat, zulässig sein. Aber diese beiden Propositionen sind abgelehnt worden. Der § 205 der Bestimmungen zur Unterdrückung strafbarer Handlungen hat keine Änderung erfahren, und gestattet nach wie vor die Deportation bloß für schlechten Lebenswandel. Gegen die Bestimmung des Gouvernementamtes ist keine Beschwerde zulässig. Außerdem glaubte der Reichsrat ein Mittel gefunden zu haben, damit die Deportation nicht zu häufig angewendet werde. Die Unkosten, welche durch den Beschluß der Bauerngemeinde entstehen, sollen derselben

---

[7]) Das erste und zweite Departement des Regierenden Senats bilden den Obersten Verwaltungsgerichtshof des Russischen Reiches.

[8]) In jedem Gouvernement ist eine Kollegiale Behörde, in welcher der Gouverneur oder sein Vertreter präsidiert. Dieses ist die oberste Verwaltungsbehörde der Provinz.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

auch zur Last gelegt werden. Dieser Posten ist jedoch gar nicht so groß. Dank der sibirischen Bahn ist der Transport der Gefangenen bedeutend billiger geworden, der Preis des Landes im europäischen Rußland ist aber seit Jahren im Steigen begriffen. Infolgedessen wird man annehmen können, daß der Preis der Bauernparzelle die Ausgaben, welche durch die Deportation verursacht werden, hinreichend deckt.

Die letzte Garantie bildet die Kontrolle der Bauernchefs (Zemski Natschalniki) und der Adelsmarschälle, welche verpflichtet sind, die Bestimmungen der Bauerngemeinden streng zu überwachen. Die praktische Erfahrung hat aber gezeigt, daß die Tätigkeit dieser Beamten dazu beitragen kann, die Zahl solcher Deportationen eher zu erhöhen, als herabzudrücken. Im Jahre 1889, als das Institut der Bauernchefs eingeführt wurde, betrug die Zahl derartiger Beschlüsse im ganzen Reich 1114; im Jahre 1895 — 2938, und im Jahre 1896 — 2721; in dieser Periode, welche zehn Jahre umfaßt, hat sich die Zahl der Gemeindebeschlüsse mehr als verdoppelt. Es ist aber auch vollständig begreiflich. Die Bauernchefs und die Adelsmarschälle rekrutieren sich aus den Gutsbesitzern der Provinz, welche ihre Kirchturmspolitik verfolgen und darauf hinarbeiten, daß ihr Kreis von allen schlechten Elementen gesäubert werde. Wenn man hinzufügt, daß alle diese Beamten in den meisten Fällen keine Universitätsbildung genossen haben und daß ihnen die Grundprinzipien des modernen Strafprozesses fremd sind, so darf man sich nicht wundern, wenn der Mangel an Schuldbeweisen sie nicht abhalten kann, eine so harte Maßregel anzuwenden, wie die Deportation nach Sibirien eines Menschen, welcher verdächtig ist, mit den schlechten Leuten im Verkehr zu stehen.

Hiermit schließen wir unsre kritischen Bemerkungen über die Details der Novelle, und können uns jetzt mit der prinzipiellen Frage beschäftigen, ob die Deportation auf Grund der Beschlüsse der Bauerngemeinde überhaupt zulässig ist? Um unsre Darstellung recht überzeugend zu machen, wollen wir mit einer historischen Skizze beginnen.

Die erste Bestimmung über die administrative Deportation erfolgte im Jahre 1663. Es wurde befohlen, daß die Angeklagten, welche zwei Foltergrade bestanden hatten, ohne ihre Schuld zu gestehen, gegen Bürgschaft freigelassen werden; falls sie aber nicht im stande wären, die nötigen Bürgen zu stellen, dann müßten sie

deportiert werden[9]). Hundert Jahre später wurde durch eine zweite Kabinettsordre verfügt, daß diejenigen Angeklagten, welche das Gericht als äußerst verdächtig erkannt hatte und welche von ihrer Gemeinde nicht wieder aufgenommen wurden, dasselbe Schicksal zu erdulden hätten. Es erweist sich also, daß der historische Grund der administrativen Deportation in der Unfähigkeit der Gerichte zu suchen ist, welche nicht im stande waren, den Schuldigen zu überführen. Infolgedessen mußte der Staat der Gemeinde die Entscheidung der Frage überlassen, ob der Angeklagte, den die Gerichte, auf Grund der geltenden Strafprozeßordnung, weder bestrafen noch freisprechen konnten, gefährlich ist, oder nicht.

Etwas früher erschien ein Gesetz über die Deportation von solchen Personen, gegen welche noch keine gerichtliche Verfolgung eröffnet worden war. Am 13. Dezember 1760 wurde, um die Kolonisation Sibiriens zu forcieren, den Gutsherrn gestattet, ihre Leibeignen für schlechten Lebenswandel, unzüchtige und freche Handlungen der Regierung zur Disposition zu stellen. Diese Personen wurden bei der Rekrutenaushebung dem Besitzer gutgeschrieben, trotzdem er statt eines Soldaten einen Deportierten geliefert hatte.

Sehr bald stellten sich aber die größten Mißbräuche heraus. Um den reichen Leuten gefällig zu sein, wurden arme Schlucker ins Militär gesteckt, trotzdem ihre Familie nicht an der Reihe war Rekruten zu stellen, oder sie wurden auf Grund falscher Aussagen deportiert. Im Jahre 1802 berichtete der Senat Kaiser Alexander I, daß „das schöne Projekt einer Kolonisation des südlichen Teiles von Sibirien, leider, gescheitert ist; statt das Land zu bevölkern, hat diese Maßregel nur dazu geführt, daß die Deportierten zu Grunde gehen". Infolge dieser Berichte wurde den Gutsherrn das Recht genommen, ihre Leibeignen zu verschicken. Im Jahre 1829 (Gesetz vom 5. November) wurde es den Adeligen nicht nur von

---

[9]) Der alte russische Strafprozeß basierte auf der Theorie der formellen Beweise. Infolgedessen waren dem Richter die Hände gebunden, und um seinem Gewissen einen Ausweg zu geben, gestattete das Gesetz, daß der Richter den Angeklagten „im Verdacht beließ", d. h., er erklärte im Urteil, daß die formellen Beweise fehlen, die Unschuld des Angeklagten, infolge der gesammelten Indizienbeweise, aber sehr zweifelhaft sei. Derartige Urteile bildeten den Krebsschaden des alten Prozesses.

Digitized by Google

neuem gestattet, ihre Leute der Regierung zur Disposition zu stellen, sondern sie erhielten auch die Erlaubnis, diejenigen Bauern zu refusieren, welche aus dem Korrektions- oder Arbeitshause entlassen wurden. Durch dieses Gesetz kam in unserm Strafrecht das ungerechte Prinzip der doppelten Strafe für ein und dieselbe strafbare Handlung zur Geltung: erst eine langjährige Freiheitsstrafe, dann die Deportation auf Lebenszeit. Als Motiv wurde angeführt, daß die Gefängnisse in einem so schlechten Zustande seien, daß die Sträflinge nicht gebessert, aber moralisch ruiniert werden, da sie im Kerker mit dem Auswurf der Menschheit bekannt werden. Aus denselben Gründen gewährte die Regierung den Gemeinden das Vorrecht, denjenigen Bürgern und Bauern, welche, ihrer Meinung nach, gänzlich verdorben waren, die Rückkehr in die Heimat zu verweigern.

So gingen die Sachen bis zur Regierung Alexander II. Die großen Reformen dieses Zaren berührten alle Seiten des russischen Lebens. Es ist daher begreiflich, daß eine so wichtige Frage, wie die Deportation, nicht außer acht gelassen werden konnte. Im Jahre 1862 hat die II. Abteilung der Kanzlei Seiner Majestät des Kaisers ein Projekt der Aufhebung der administrativen Deportation vorbereitet. Im Reichsrat unterstützte der Staatssekretär Bachtin diese Vorlage, indem er folgende sehr stichhaltige Gründe angab: „Es ist ungerecht, den Bauerngemeinden das Recht zu lassen, den schlechten Lebenswandel ihrer Mitglieder mit Deportation zu strafen, denn kein einziges von den Delikten, aus denen der Begriff des schlechten Lebenswandels besteht, wird vom Gesetz mit so hoher Strafe belegt, wenn auch eine Kongruenz mehrerer strafbarer Handlungen vorliegt. Außerdem werden in keinem Kulturstaat die gesellschaftlichen und rechtlichen Verbindungen ohne Urteil gelöst, denn die Justiz hat vor allem die Ordnung und den Wohlstand des ganzen Reiches zu schützen.“ Trotzdem diese Argumente klar, einfach und im höchsten Grade überzeugend sind, sprach sich der Reichsrat mit 27 gegen 5 Stimmen für die Erhaltung dieser Maßregel aus, und zwar unter anderen aus folgenden Gründen: „die Deportation ist entschieden ungerecht, aber ihre völlige Aufhebung ist nicht möglich, so lange das neue Gerichtsverfahren nicht eingeführt ist“.

Das neue Gericht, welches auf Grund des Gesetzes vom 20. November 1864 geschaffen wurde, ist jetzt im ganzen russischen

Reich eingeführt, in den zentralen Gouvernements existiert es seit mehr als 30 Jahren; dessenungeachtet können wir uns bis heute nicht dazu entschließen, den Bauerngemeinden das Recht zu nehmen, ihre Mitglieder zu deportieren.

Unsre kleine historische Skizze beweist zur Genüge, daß man die Existenz einer so ungerechten Maßregel, wie die administrative Deportation der Bauern, in unsern Tagen nicht schützen kann, indem man sich einfach auf die historische Entwicklung unsers Rechts beruft. Im Gegenteil, alle die Gründe, welche früher maßgebend waren, wie die Schwäche der alten Justiz, der schlechte Zustand der Gefängnisse, die Notwendigkeit der Kolonisation des sibirischen Landes, sind jetzt gefallen. Folglich existiert auch kein Grund, dieses veraltete Institut zu erhalten.

Die Anhänger der administrativen Deportation bestreiten auch gar nicht, daß man dieselbe vom juristischen Standpunkt leicht anfechten könne; sie behaupten nur, daß sie in praktischer Hinsicht äußerst nützlich sei und die besten Resultate erziele. In betreff der Richtigkeit dieser These können wir einige Zweifel nicht unterdrücken, welche ziemlich berechtigt sind.

Zu allererst wagen wir zu sagen, daß vom richterlichen Standpunkt die Deportation auf Grund der Bauernbeschlüsse gar nicht geduldet werden kann. Jeder gebildete Justizbeamte hält die Grundprinzipien des modernen Prozesses für unumstößliche Axiome, und achtet es für eine heilige Pflicht, danach zu streben, daß der Schuldige vom Unschuldigen sorgsam geschieden werde. Die administrative Deportation ist aber mit einem derartigen Prinzip unvereinbar. Die Gemeinde deportiert nicht diejenigen Personen, deren Schuld bewiesen ist, sondern solche, die im Verdacht stehen, gewisse Verbrechen zu begehen, aber Dank ihrer Schlauheit und Geschicklichkeit schwer zu überführen sind. Derartige Zustände konnten im XVII. oder XVIII. Jahrhundert geduldet werden, nicht aber heutzutage, wo niemand bestraft werden darf, so lange seine Schuld nicht bewiesen und von Gerichtswegen durch Urteil anerkannt worden ist. Daß die administrative Deportation so angewendet wird, wie wir beschrieben haben, kann man mit Leichtigkeit aus dem Titel des betreffenden Spezialgesetzes ersehen (Beilage II zum § 277 der Bestimmung zur Verhütung und Unterdrückung strafbarer Handlungen): „Verordnung über administrative Deportation derjenigen Personen, welche angeklagt oder ver-

dächtig sind im Gouvernement Astrachan häufig Vieh gestohlen zu haben." Diese Zeilen beweisen zur Genüge, daß die Angeklagten und Verdächtigen in einen Topf zusammengeworfen werden. Wenn das geltende Gesetz ein so ungerechtes Prinzip proklamiert, so kann man sich vorstellen, was in der Praxis vorgeht.

In dieser Verordnung ist freilich auch der Weg vorgezeichnet, den die Polizeibeamten zu gehen haben, falls sie Recherchen vornehmen: sie sind in einem solchen Fall verpflichtet, die nötigen Informationen über das Vorleben des Angeklagten aus den Untersuchungsakten, aus den Konduitenlisten und andern Dokumenten zu entnehmen, wenn solche zu finden sind. Diese ganze Prozedur ist aber geeignet, einzelne Zweifel aufkommen zu lassen: falls die Nachforschung, welche von der Polizei in dieser Angelegenheit angestellt wurde, keine neuen Beweise zutage befördert hat, so kann von einer Deportation nicht die Rede sein; wenn aber Tatsachen gefunden werden, welche die Schuld des Angeklagten feststellen, dann ist es grundlos, zu Ausnahmegesetzen seine Zuflucht zu nehmen, und die Sache muß nach den Regeln des Strafprozesses entschieden werden. Wie streng unsre Gerichte den Pferdedieben gegenüber sind, zeigen folgende Ziffern[10]). Von 1888—93 kamen vor den Schwurgerichten 4073 Fälle von Pferdediebstahl zur Verhandlung. In diesen Prozessen sind 3855 Personen verurteilt und bloß 230 (also bloß 5,6 pCt.) freigesprochen worden. Sogar bei den Friedensrichtern ist die Zahl der Verurteilten eine bedeutende; trotzdem bei diesen Richtern Sachen zur Verhandlung kommen, welche lange nicht so fleißig bearbeitet werden, wie im Schwurgerichtsverfahren, denn die Polizei nimmt es mit den kleinen Diebstählen nicht zu genau. Auch fehlt hier gewöhnlich die Vorbestrafung des Angeklagten, was bei Verbrechen gegen das Eigentum ein wichtiger Umstand ist. In der angegebenen Zeitperiode (1888—93) sind bei den Friedensrichtern 25 118 Fälle von Pferdediebstahl zur Verhandlung gekommen; 19 031 Personen wurden zu Gefängnisstrafen verurteilt und 6087 (also nur 24,2 pCt.) wurden freigesprochen. Diese Zahlen beweisen zur Genüge, daß unsre Richter es verstehen, die nötige Strenge walten zu lassen, und daß es folglich ganz grundlos ist, das gerichtliche Verfahren durch das administrative zu ersetzen.

[10]) A. Loewenstimm, Der Pferdediebstahl und die Deportation in Rußland. (Archiv f. Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik III.)

Ein Verlassen des gesetzlichen Weges, welchen der Strafprozeß vorschreibt, ist umsoweniger wünschenswert, da die Tätigkeit der administrativen Organe und der Bauerngemeinden keiner so strengen Kontrolle unterliegt, wie sie für die Gerichte eingeführt ist. Infolgedessen ist es begreiflich, daß bei derartigen Beschlüssen ernste Mißbräuche vorkommen können. In der Literatur ist schon öfter erwähnt worden, daß auf diesem Wege nicht die Pferdediebe und Brandstifter, wohl aber die Bauern deportiert werden, welche die Autorität der Dorfhonoratioren nicht anerkennen wollen[11]). Zu den einzelnen Tatsachen dieser Art, welche unsre Schriftsteller zu verschiedenen Zeiten publiziert haben, sind jetzt sehr viele hinzugekommen; namentlich das Buch über die „Deportation nach Sibirien" enthält eine ganze Reihe von Daten, welche für uns äußerst wertvoll sind, weil sie von Beamten der Provinzialbehörden mitgeteilt wurden und daher nicht angezweifelt werden können.

In der Gemeindeversammlung spielen natürlich der Schulze und sein Schreiber eine große Rolle. Leider benutzen diese Leute manchesmal ihren Einfluß, um dunkle Geschäfte zu betreiben. Im Gouvernement Grodnos ist es nachgewiesen worden, daß der Schulze die Deportation eines Bauern durchsetzen wollte, um dessen Parzelle seinem eignen Sohn zu geben. Bei einer Revision im Gouvernement Minsk stellte es sich heraus, daß zwei Beschlüsse gefälscht waren. Da sie aber die echten Unterschriften des Schulzen und seines Schreibers trugen, so ist es begreiflich, wer die Schuldigen waren. Im Gouvernement Kaluga sind in die Liste der anwesenden Bauern auch solche eingeschrieben worden, welche an der Versammlung nicht teilgenommen hatten. Dieses Faktum ist äußerst wichtig, da der Beschluß nur dann rechtskräftig ist, falls $^2/_3$ Stimmen der Gemeinde sich für die Deportation ausgesprochen haben. Schon im Jahre 1808 hat der Senator Runitsch in dem Bericht über die Resultate der Revision, welche ihm übertragen wurde, die Meinung ausgesprochen, daß das Recht der Bauerngemeinden, ihre Mitglieder zu deportieren, sehr oft als Waffe bei dem wirtschaftlichen Kampf ums Dasein gebraucht wird."

Die Tatsachen, welche jetzt publiziert werden, bestätigen den Schluß, zu dem dieser hohe Beamte gekommen ist. In den Gouvernements Astrachan, Tamboff, Wladimir und in den Gegenden,

---

[11]) Das Leben im Gefängnis. (Der Juristische Bote, 1890, S. 327.)

Digitized by Google

wo der Boden mit einer dicken Schicht Dammerde bedeckt ist, hat der Preis der Parzellen bereits eine solche Höhe erreicht, daß er die Ausgaben übersteigt, welche mit der Deportation einer Familie verbunden sind. Deshalb kann es vorkommen, daß die Bauern einen der ihrigen unglücklich machen, um seine Parzelle einzuziehen. In Kaluga und Kasan rächen sie sich auf diese Weise an ihren Nachbarn, welche als Forstwächter bei den Gutsbesitzern angestellt sind und, wie es die Pflicht erheischt, gegen die Forstdiebe streng vorgehen. Im Gouvernement Charkoff fanden die Bauern für gut, auf diese Weise die Stundisten für ihren Glauben zu bestrafen; als Grund wurde angenommen, daß man die Teilnahme an dem Gottesdienst dieser Sektirer als schlechten Lebenswandel bezeichnen müsse. Das allerhorrendeste Faktum wurde von der Zeitung „Nowoje-Wremja" publiziert und von vielen kleinen Blättern nachgedruckt: Unter den Bauern des Dorfes Oserki (Kreis Kosloff, Gouvernement Tamboff) entstand Streit wegen der Restauration ihrer Dorfkirche. Eine Partei wollte die Altarwand bloß ausbessern und frisch vergolden, was eine Ausgabe von ca. 3000 Rubeln erfordert hätte; die andre Partei wollte eine neue Altarwand errichten lassen, was ungefähr das Doppelte gekostet haben würde. Die Gegner bekämpften einander mit einer maßlosen Energie und Wut; die Partei der Remonte, welche in der Majorität war, ging sogar so weit, daß sie beschloß, ihre Gegner zu deportieren. Die letztern wurden verhaftet und ins Gefängnis abgeführt. Ob dieser Beschluß in Kraft geblieben ist, wissen wir nicht; der Bauernchef scheint ihn aber bestätigt zu haben, denn sonst hätte man die Unglücklichen nicht verhaften können.

Alle diese Tatsachen geben uns das Recht, die Behauptung aufzustellen, daß die Verbannung nach Sibirien auf Grund der Beschlüsse der Bauerngemeinden eine Maßregel ist, welche den Grundprinzipien des materiellen und prozessualen Strafrechts Hohn spricht.

Trotz alledem halten unsre Gegner an der Behauptung fest, daß eine derartige Deportation sich in der Praxis als äußerst nützlich erwiesen habe, um den professionellen Pferdediebstahl, die Brandstiftung, den Wucher, die Bildung von Räuberbanden und ähnliche Verbrechen zu unterdrücken.

Wir können dieser Ansicht nicht beistimmen, da die Geschichte der Deportation und die Akten der Ministerien nicht die geringsten

Beweise enthalten, daß auf diese Weise die genannten Verbrechen bekämpft werden können. Überhaupt scheinen die Anhänger der Deportation zu glauben, daß Pferdediebstahl, Brandstiftung, Wucher und Bildung von Diebes- und Räuberbanden solche Delikte sind, welche miteinander eng verbunden sind. Wir aber behaupten, daß jedes von diesen Verbrechen ein spezielles Studium erfordert, daß man sich bloß nach Beendigung einer solchen Vorarbeit überzeugen könne, ob die Deportation Nutzen oder Schaden stifte. Leider ist eine derartige Arbeit bis heute weder von der Regierung, noch von einzelnen Kriminalisten unternommen worden. In der russischen Literatur sind mehrere Monographieen über den Pferdediebstahl zu finden, aber auch diese sind ziemlich arm an Tatsachen und klein an Umfang. Wenn wir uns deshalb die Bedeutung der Deportation als Repressionsmittel klar machen wollten, so müßten wir mit der größten Vorsicht vorgehen und nur die Daten berücksichtigen, welche den Pferdediebstahl betreffen.

In allererst wollen wir noch einmal die Zahlen in Erinnerung bringen, welche wir am Anfang dieses Artikels angeführt haben: auf Grund eines gerichtlichen Urteils sind jährlich 2899, und auf administrativem Wege 5037 Personen nach Sibirien verschickt worden. Die administrative Deportation ist also eine Maßregel, welche sehr oft angewendet wird; falls sie günstige Resultate ergeben hätte, so müßten sich dieselben schon längst erwiesen haben. In Wirklichkeit aber sind sie nicht vorhanden, denn in jedem Jahr wird in den Jahresberichten der Gouverneure und in den Debatten der Landschaftsversammlungen (Semskoie Sobranie) die Frage besprochen, ob es nicht nötig wäre, die Strafe für den Pferdediebstahl zu erhöhen[12]), da das geltende Gesetz viel zu nachsichtig ist[13]).

Die Anhänger der Deportation werden uns vielleicht bemerken, daß 5300 eine sehr bescheidene Ziffer ist, namentlich wenn man den ungeheueren Umfang des Russischen Reiches in Betracht zieht. Wir aber müssen darauf erwiedern, daß auch die lokalen Ziffern

---

[12]) Loewenstimm, Der Pferdediebstahl und die Deportation in Rußland. (Archiv f. Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik III. S. 16.)

[13]) Unsrer Meinung nach ist es auch jetzt streng genug: für die Entwendung eines Pferdes kann der Schuldige mit Gefängnis bis zu einem Jahr, für professionellen Pferdediebstahl oder Hehlerei mit Korrektionshaus bis zu vier Jahren bestraft werden.

ziemlich bedeutend sind. Im Jahre 1832 hat der Generalgouverneur von Orenburg, Suchtelen, kraft seines Amtes, 200 Baschkiren nach Sibirien deportieren lassen. Im Jahre 1873 hat der Landrat von Elisawetgrad die ihm untergebenen Bauerngemeinden überzeugt, daß es notwendig sei, 40 Familien (also auch etwa 200 Personen) ebenso streng zu bestrafen; außerdem wandte er sich an die Landschaftsverwaltung (Semskaja Uprawa) mit der Bitte, die Gemeinden finanziell zu unterstützen, damit die Deportation so vieler Menschen ermöglicht werde. Angesichts solcher Tatsachen können wir dreist behaupten, daß derartige Maßnahmen nur Abscheu und Grauen erregen können. 200 Menschen werden in ein fernes Land verschickt, um Kälte, Hunger und Mühsal zu erdulden. Ist es denn wirklich möglich, in einem europäischen Staate solche Strafen zu verhängen, ohne genau zu bestimmen, ob alle diese Personen auch wirklich schuldig sind! Wir sehen also, daß im Kampf mit dem Pferdediebstahl sehr viel Energie entfaltet wurde. Aber die Steppe bei Orenburg, das Gouvernement von Cherson[14]) und viele Provinzen im Zentrum von Rußland sind nach wie vor von Pferdedieben überschwemmt.

Nun können wir zu einer Beschreibung der sibirischen Zustände übergehen, welche durch die Deportation geschaffen wurden. Diese Zustände verdienen unsre Aufmerksamkeit im höchsten Grade, denn falls die Lebensbedingungen für die sibirischen Bauern unerträglich sind, so ist die Regierung verpflichtet, ihre Lage zu berücksichtigen, und kann unmöglich die Kolonie den Interessen des Mutterlandes zum Opfer bringen. Diese Behauptung ist namentlich heutzutage berechtigt, weil Sibirien sich der besondern Fürsorge unsrer Regierung erfreut.

Wer sich für den gegenwärtigen Stand der Deportation interessiert und sich über die Lage der Dinge genau informieren will, der kann aus den offiziellen Werken, welche wir schon erwähnt haben, die wertvollsten Aufklärungen erhalten. Indem wir dieser reichen Quelle die interessantesten Daten entnehmen, um dieselben zu besprechen, wollen wir damit beginnen, daß wir das Verhältnis klarstellen, welches zwischen den drei Hauptklassen der sibiri-

---

[14]) Im Jahre 1901 wurde in der Versammlung der Landschaft von Cherson (Semskoie Sobranie) von neuem die Frage debattiert, ob es nicht wünschenswert wäre, die gesetzliche Strafe für Pferdediebstahl zu erhöhen.

schen Bevölkerung, nämlich den altansässigen russischen Bauern, den asiatischen Eingeborenen und den Deportierten besteht. Wie wir gesehen haben, zerfallen die letztern in mehrere Kategorien: die erstere Gruppe bilden Verbrecher, welche zur Zuchthausstrafe (Katorga) oder zur Deportation mit Verlust aller Rechte verurteilt worden sind; die zweite Gruppe wird aus Leuten gebildet, welche von Gerichtswegen in Sibirien interniert werden sollen, oder auf administrativem Wege dorthin verschickt wurden. Das Gesetz zieht zwischen diesen beiden Gruppen eine scharfe Demarkationslinie. Gegen die Personen der ersten Kategorie kommt der Kodex für Deportierte mit seinen schweren Strafen zur Anwendung. Sogar die Polizei hat das Recht, die Schuldigen für die geringsten Übertretungen mit 100 Rutenhieben oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr zu bestrafen (§ 441 d. Kodex f. Deportierte). Außerdem können die Personen, welche auf Grund eines Urteils verschickt wurden, und die Sträflinge, welche aus den Zuchthäusern entlassen werden, nur in Ost-Sibirien oder auf der Insel Sachalin angesiedelt werden. Diese Spezialbestimmungen abgerechnet, nehmen alle Deportierten die gleiche soziale Stellung ein. Sie bilden eine graue, abgerissene, hungrige Masse obdachloser Menschen, welche alle mit dem Namen Strolche oder Landstreicher (Brodiagi) bezeichnet werden. Der Grund, weshalb es ihnen so schlecht ergeht, ist in den Lebensbedingungen zu suchen, welche den Sträfling zu einer ewigen Armut verdammen und ihn der Möglichkeit berauben, sich ein Heim zu gründen[15]). Im Bericht des Chefs der Gefängnisverwaltung[16]) ist dieser Gedanke noch bestimmter ausgesprochen: „alle Personen, welche mit der Deportationsfrage praktisch vertraut sind, sagt A. Salomon, behaupten, daß das Leben im Zuchthaus viel leichter zu ertragen ist, als die Freiheit, welche einem Deportierten gewährt wird".

Die Ersetzung der Gefängnisstrafe durch die Deportation sucht man mit der Behauptung zu rechtfertigen, daß es dem Sträfling nicht schwer fallen kann, sich in der Fremde häuslich einzurichten. Aber der Ackersmann kann nur dann auf einen grünen Zweig kommen, wenn er genügend Land zu seiner Verfügung hat. Viele von uns sind fest davon überzeugt, daß in Sibirien eine enorme

---

[15]) Die Deportation nach Sibirien, S. 263.

[16]) Seite 198.

Masse von Landparzellen zu finden sind, welche niemand gehören, trotzdem sie für Ackerbau und Viehzucht äußerst wertvoll sind. Aber heutzutage ist eine solche Ansicht ganz falsch, namentlich wenn vom westlichen Sibirien die Rede ist. Da die Bevölkerung dieses Landstriches stetig gewachsen ist, so war die Regierung gezwungen, den Bezirk der Deportation allmählich einzuschränken. Den ersten Schritt auf diesem Wege machte der Minister des Kaiserlichen Hofes, welcher im Jahre 1878 verbot, die Deportierten auf den Ländereien anzusiedeln, welche im Altai-Gebirge Eigentum des Kaisers sind. Diese Maßregel läßt sich einfach dadurch erklären, daß die Domäneverwaltung die Anwesenheit der unruhigen und faulen Stromer in ihren Dörfern nicht mehr dulden wollte. Die wohltätigen Folgen einer solchen Verfügung machten sich sehr bald bemerkbar, denn die Zahl der Verbrechen, welche in dieser Gegend verübt wurden, ist sehr rasch gefallen.

In den Gouvernements Tomsk und Tobolsk, in welchen der größte Teil derjenigen Deportierten angesiedelt wird, welche auf administrativem Wege verschickt wurden, ist die Zahl derselben durch die Erlasse der Minister der Finanzen und des Ackerbaues vom Jahre 1836 und 1839 auf 25 pCt. der lokalen Bevölkerung beschränkt worden. Leider konnte diese Verfügung nicht befolgt werden, denn jedes Jahr kamen aus Rußland zahlreiche Transporte von Gefangenen. Im Jahre 1882 berichtete der Generalgouverneur von West-Sibirien, daß es unbedingt notwendig sei, in diese Gegend keine Deportierten zu schicken, da man sogar für die Auswanderer, welche freiwillig von Rußland herüberkommen, kein freies Land habe. Lange Zeit blieb von St. Petersburg die Antwort auf diesen Vorschlag aus; endlich entschloß sich das Ministerium die Anordnung zu treffen, daß die Zahl der Deportierten nur 33 pCt. betragen könne. Aber auch dieser Prozentsatz ist überschritten worden. In Ost-Sibirien ist der Rayon für Deportierte auch schon bedeutend eingeschränkt.

Im Kreise der Bergwerke von Nertschinsk werden dieselben seit dem Jahre 1882 nicht mehr interniert. Die Verwaltung vermeidet es außerdem, sie in den Dörfern der asiatischen Völkerschaften anzusiedeln, da einerseits die Mongolen jeden Sträfling als Feind betrachten, anderseits aber gefürchtet wird, daß die Deportierten einen schädlichen Einfluß auf die asiatischen Fremdvölker äußern können. Die Erfahrung hat gezeigt, daß eine solche Vorsicht sehr angebracht

ist. Im Jahre 1897 versuchte der Gouverneur von Irkutsk diese Regel zu übertreten, und bald traten die schlechten Folgen zu Tage: die Burjaten, welche sich bisher durch Ehrlichkeit und Fleiß auszeichneten, sind moralisch gesunken und liefern eine bedeutende Zahl von Verbrechern[17]).

Überhaupt bietet die Dislokation der Deportierten große Schwierigkeiten, denn ihre Gesamtzahl erreicht in Sibirien die kolossale Ziffer von 300 000. Diese Masse von Menschen ist folgendermaßen verteilt worden:

Im Gouv. Tobolsk	106 093
= = Tomsk	38 334
= = Eniseisk	51 019
= = Irkutsk	71 800
= = Jakutsk	5 177
= = Transbackalien	14 395
= Amur-Gebiet	679
= Strand-Gebiet (Primorskaia) . .	2 117
auf der Insel Sachalin	8 963

Diese Tabelle enthält genaue statistische Daten, welche den offiziellen Listen entnommen sind, aber der Wirklichkeit gar nicht entsprechen. Die Zahlen sagen uns, wie viele Personen in den verschiedenen Gouvernements interniert wurden. Wenn wir aber kontrollieren würden, wie viele Deportierte sich an den bezeichneten Stellen wirklich niedergelassen haben, dann würden wir ein andres Bild erhalten: die Sträflinge fliehen aus den Dörfern, welche man ihnen als Wohnort angewiesen hat, und ziehen nach den Punkten, wo sie Aussicht haben Arbeit zu finden. Infolgedessen sind die Gouvernements und Hafenstädte, die großen Dörfer und Flecken voll von Landstreichern. In Tomsk, z. B., wird seit 8 Jahren kein Sträfling angesiedelt, aber dieselben sind dort in größerer Zahl vorhanden, als die Bürger[18]).

Bevor wir die Gründe besprechen können, welche die Deportierten zwingen, ihren gesetzlichen Wohnort zu verlassen, wollen wir in Kürze berichten, unter welchen Bedingungen dieselben (z. B. im Gouvernement Tomsk) interniert werden. Wir müssen diese Prozedur besprechen, damit der Leser einen Begriff bekomme, wie es

[17]) Die Deportation nach Sibirien, S. 128.
[18]) Die Deportation nach Sibirien, S. 80.

einem unglücklichen Sträfling in den ersten Tagen seiner Freiheit ergeht. Im Kreise Kainsk ist ein großes Dorf, Kischtofka, welches 270 Werst (ca. 40 Meilen) von der Kreisstadt entfernt und im Zentrum des Rayons für Deportierte gelegen ist. Nach Kainsk kommt der Gefangenentransport in Begleitung einer starken Militäreskorte. Hier ändert sich das Bild. Von der Kreisstadt bis zum Dorf wird ein Trupp Arrestanten nur von einem einzigen Vertreter der Ortspolizei geleitet. Dieser Trupp besteht gewöhnlich aus 150—200 Menschen, welche ihrem Führer blindlings gehorchen, so daß alle vollzählig an Ort und Stelle ankommen. Ein solcher Gehorsam hat zwei Gründe: Der Polizeidiener verfügt über die Diäten (25 Pfennig pro Tag), welche den Deportierten nach Ankunft an Ort und Stelle ausgezahlt werden. Außerdem muß jeder von ihnen, selbst wenn er vagieren will, ein Dorf bezeichnen können, in dem er als Bauer eingeschrieben ist, sonst riskiert er, als Landstreicher, dessen Personalien nicht festzustellen sind (Brodiaga), zur Deportation auf die Insel Sachalin verurteilt zu werden [19]). In die Liste der Einwohner eines Dorfes kann er aber nur dann eingetragen werden, falls er sich bei der Bauernverwaltung in Kischtofka meldet. Unter diesen Umständen ist es begreiflich, daß alle Deportierten bis zur Dorfkanzlei von Kischtofka ruhig und friedlich gehen. Weiter aber, d. h. bis zum Dorf, welches ihnen als Wohnort angewiesen ist, wandern sehr wenige; hauptsächlich sind es Leute, welche von ihren Angehörigen begleitet werden, denn die Frauen haben das Leben in den Gefängnissen herzlich satt, und eilen so rasch, wie möglich, ein eignes Heim zu gründen. Ihrem Einfluß ist es zu verdanken, daß der verschickte Bauer von neuem den Pflug in die Hand nimmt und sich ansiedelt; möglich ist es aber nur dann, falls er einige Ersparnisse besitzt. Der größte Teil der Deportierten will aber von einem solchen Leben, voll harter Arbeit, nichts wissen, und

[19]) Das Landstreichen (brodiaschit) bildet in Rußland ein spezielles Verbrechen, welches in den §§ 950 und 951 des Strafgesetzbuches beschrieben ist. Diese Bestimmungen lauten folgendermaßen: „Als Landstreicher wird bestraft, wer von einem Ort zum andern wandert, ohne hierzu die Erlaubnis der Behörden oder einen Paß zu besitzen, und wer keine Möglichkeit hat, die Angaben, welche er über seinen Stand und seinen Familiennamen gemacht hat, zu beweisen, oder wer seine Personalien standhaft verbirgt."

Diese Art Landstreicher sind in Sibirien besonders zahlreich, aber auch im europäischen Rußland kommen sie oft genug vor. Die meisten von ihnen sind Deportierte, denen es gelungen ist, zu entfliehen.

Digitized by Google

kehrt sogleich nach der Kreisstadt Kainsk zurück. Sie gehen denselben Weg, auf dem sie mit dem Ortspolizisten gekommen sind, nur in umgekehrter Richtung. Um etwas Geld zu erhalten, vertauschen sie ihre Kleider gegen Lumpen; falls sie aber im Besitz von Quittungen sind, welche von den Gefängnisbeamten zur Bescheinigung ausgestellt werden, daß kleine Summen dem Chef zur Verwahrung gegeben wurden, so verkaufen sie in der nächsten Kneipe ihre Dokumente um ein Spottgeld. Dieses unsinnige Geschäft wird deshalb gemacht, um nur so rasch, wie möglich, weggehen zu können; die Auszahlung der Depots läßt aber gewöhnlich auf sich etwas warten, da die Postverbindung nach Kischtoska eine schlechte und die Korrespondenz der Behörden eine sehr langsame ist. Diese ganze Horde hungriger, zerlumpter und betrunkener Menschen bewegt sich auf der großen Straße nach der Kreisstadt, indem sie unter den Einwohnern der anliegenden Dörfer Angst und Entsetzen verbreitet.

Die Hauptgründe dieser Mißstände sind leicht begreiflich. An erster Stelle muß die große Armut der Deportierten genannt werden. Aus den Berichten der Gefängnisverwaltung ist zu ersehen, daß, im Laufe von drei Jahren, 74,7 pCt. der Arrestanten den sibirischen Boden betreten haben, ohne einen Heller Geld zu besitzen; 134 Personen hatten mehr als 50 Rubel, 65 ca. 50 Rubel, 1481 — weniger als 35, 719 — weniger als 5 Rubel. Da aber diese armen Kerle von der Regierung nicht die geringste materielle Hilfe erhalten, so ist es begreiflich, daß es ihnen äußerst schwer ist, in der neuen Heimat, unter fremden Leuten sich häuslich einzurichten. Die Gründung eines Anwesens, so bescheiden es sein mag, erfordert Geld, und den Ackerbau kann nur derjenige betreiben, welcher Liebe zu dieser schweren Arbeit hat und eine Familie besitzt, denn ein alleinstehender Bauer ist gar nicht denkbar. Dem größten Teil der Deportierten fehlen aber alle diese Bedingungen. In Sibirien selbst ist es dem Sträfling beinahe unmöglich, sich irgendwelche Ersparnisse zu machen, einerseits kennen die wenigsten von ihnen irgend ein Handwerk, anderseits werden sie von den altangesessenen Bauern mit Mißgunst behandelt; die letztern suchen sie auszunutzen, soviel es angeht, und erschweren ihnen die ersten Schritte. Die sibirischen Bauern sind mit Recht davon überzeugt, daß der jährliche Zufluß von Deportierten dem Lande nur schädlich sein kann, weil die Überfüllung der Dörfer mit dem Abschaum der

Menschheit sehr gefährlich ist; außerdem wollen die freien Kolonisten ihr Land nicht abtreten, weil es ihnen nur im Schweiße ihres Angesichts gelungen ist, dasselbe urbar zu machen.

Wenn man noch hinzufügt, daß die Deportierten gewöhnlich Menschen sind, welche durch ihre Charakterlosigkeit, Faulheit und Trunk schon in der Heimat Schiffbruch gelitten haben, und daß die Gefängnisstrafe sie an ein ziel- und planloses Leben gewöhnt hat, so wird es vollständig begreiflich werden, weshalb der größte Teil von ihnen sich mit dem Ackerbau nicht beschäftigen will und bei der ersten Gelegenheit aus den Dörfern entflieht. Sie ziehen nach den größeren Plätzen, wo sie irgend eine Arbeit zu finden hoffen, welche ihnen zusagt. Ein solches vagieren ist leicht begreiflich: es ist das Zucken eines hungrigen Mundes nach einem Stück Brod.

Da der Haß, welchen die Kolonisten gegen die Sträflinge hegen, der Regierung genau bekannt ist, so ist versucht worden, die letztern in eignen Dörfern anzusiedeln. Im Jahre 1889 wurden im Gouvernement Tomsk, Kreis Tarsk, die Kartaschefschen Dörfer gegründet. Das Klima ist in dieser Gegend ziemlich milde, der Boden fruchtbar, Äcker und Wiesen waren in genügendem Quantum vorhanden. Trotz alledem muß das ganze Unternehmen als nutzlos bezeichnet werden. Auf 8 großen Grundstücken wurden 1378 Menschen angesiedelt. Von ihnen haben 1234 (also 89,6 pCt.) ihren Wohnort verlassen und vagieren in der Welt herum; bloß 144 haben sich dort niedergelassen. Sie besitzen Haus und Hof und sind in der Umgegend als sehr wohlhabend bekannt. Aber trotz ihres Reichtums genießen sie die schlechteste Reputation; die Dörfer Moiseewo und Sacharowo sind verrufen, weil sie das Zentrum des Spinnegewebes bilden, mit welchem die Diebe das Land umsponnen haben. In diesen Dörfern treffen sich die Strolche und Diebe, gestohlene Sachen werden verkauft, neue Pläne werden entworfen, und Kameraden zu gefährlichen Verbrechen geworben. Unter solchen Bedingungen haben sich die Kartaschefschen Dörfer zu einer Geißel dieser Gegend ausgebildet. Die Regierung aber ist durch diese Erfahrung vorsichtig geworden und hat ein für allemal darauf verzichtet, Sträflinge an einer bestimmten Stelle zu konzentrieren.

Derselbe Mißstand, nämlich die große Zahl von Deportierten an einem Orte, macht sich besonders in den sibirischen Städten

fühlbar. Nach den offiziellen Daten verteilen sich die Sträflinge folgendenmaßen[20]):

Es leben in:	Bürger	Deportierte	Verhältnis der Deportierten zu den Einwohnern der Stadt pCt.
Tobolsk	3439	808	19,0
Tjumen	4191	398	8,6
Kurgan	3958	1141	22,4
Turinsk	1382	1438	51,0
Jalutorsk	599	1797	75,0
Tjukalinsk	985	2414	71,0
Tara	3012	3546	54,1
	18921	14714	43,7

Diese Zahlen reden für sich selbst. Man fürchtet, daß die Verbrecher im europäischen Rußland zu zahlreich werden können, und vergißt, daß ihre Zahl im Vergleich zur Bevölkerung des Landes eine minimale ist. In Sibirien dagegen ist man so weit gekommen, daß es in einzelne Städten dreimal so viel Deportierte gibt, als freie Bürger. Unter solchen Bedingungen sind die Klagen der sibirischen Städte, welche sich darüber beschweren, daß die Sträflinge durch ihre Aufführung auf die heranwachsende Generation einen schädlichen Einfluß ausüben und daß die Zahl der Verbrechen von Jahr zu Jahr zunimmt, vollständig begründet.

Wie sich das Leben in solchen Gegenden gestaltet, kann man aus folgendem Beispiel ersehen. In den Jahren 1897 und 1898 war die ganze Stadt Krasnojarsk vollständig in den Händen der Strolche. Raubmorde ereigneten sich jeden Tag, wobei ganze Familien ihr Leben verloren. Droschkenkutscher wagten am Abend nicht durch die Straßen zu fahren. Endlich sah sich die Regierung gezwungen, ihre Zuflucht zu den schärfsten Maßregeln zu nehmen. Militär wurde nach Krasnojarsk in die Garnison geschickt; Patrouillen durchzogen jeden Abend die Stadt, und die wichtigsten Verbrechen wurden dem Kriegsgericht zur Entscheidung überwiesen.

Diese unnormalen Zustände, unter denen Sibirien zu leiden hat, sind eine direkte Folge der Deportation. Die Verbrecher aber,

[20]) Deportation nach Sibirien S. 27.

denen jung und alt, arm und reich zum Opfer fallen, rekrutieren sich alle aus den Landstreichern (Brodiagi), welche nichts zu verlieren haben. Die Scharen dieser Stromer durchqueren das Land vom Stillen Ocean bis zum Ural, um nach unendlichen Entbehrungen den russischen Boden zu betreten[21]). Man findet unter ihnen Deportierte aller Kategorieen: Leute, welche auf Beschluß ihrer Gemeinde verschickt wurden und an Heimweh leiden; internierte Sträflinge, die keinen Erwerb haben und dem Hungertode entrinnen wollen; endlich Raubmörder, welche aus den Zuchthäusern auf der Insel Sachalin entsprungen sind. Den letztern ist es sehr vorteilhaft ihren Namen zu verbergen, um äußerstenfalls als Landstreicher verurteilt zu werden. Auf diese Weise befreien sie sich vom Zuchthaus, in dem sie jahrelang schmachten mußten (natürlich wenn sie nicht das Unglück haben, während der Untersuchung erkannt zu werden). Jetzt erwartet den Landstreicher die Deportation nach Sachalin, früher wurden sie in einem Dorfe Ost-Sibiriens interniert, von wo sie sogleich entweichen konnten.

Das Leben dieser Stromer ist ein äußerst primitives. Im Sommer übernachten sie im Walde, im Winter aber in den Badestuben der Bauern, welche in besondern Hütten eingerichtet sind und am Rande des Dorfes stehen. Ihre Haupteinnahmequelle bilden die Almosen, welche ihnen von den Bauern aus Furcht, daß sie den roten Hahn aufs Dach setzen, gereicht werden.

In moralischer Hinsicht stehen sie natürlich auf einer sehr tiefen Stufe. Alle sind Trinker und Spieler. Die Liebe zum Hasardspiel entwickelt sich im Gefängnis und auf den Wanderungen durch die Etappen, denn die Karten sind das einzige Vergnügen, welches den Arrestanten zugänglich ist und etwas Abwechselung in ihr einförmiges Leben hineinbringt.

Schwere Arbeiten, trotzdem sie bezahlt werden, übernehmen sie sehr ungern. Nur während der Heu- oder Getreideernte verdingen sie sich als Knechte bei den Bauern; aber sehr oft beschließen die Strolche ihren Dienst mit einem Diebstahl. Im Sommer leben die Landstreicher verhältnismäßig besser, aber im Winter gehen sie massenhaft zu Grunde. Sie haben sich an Entbehrungen jeder Art

[21]) Schreiber dieser Zeilen hat als Untersuchungsrichter im Moskauer Kreise einen Landstreicher verhört, welcher bei seinen Wanderungen die Zehen an beiden Füßen abgefroren hatte.

gewöhnt, aber die sibirischen Schneestürme sind nicht leicht zu ertragen. Viele von den Stromern erfrieren am Wege, wo sie das Unwetter überrascht hat; zum Frühjahr aber, wenn der Schnee anfängt zu tauen, findet man Leichen, welche beim Volk unter dem Namen „Schneeblumen" bekannt sind. Manche von diesen obdachlosen Wanderern sind zu Grunde gegangen, weil Hunger und Kälte ihre letzten Kräfte erschöpft haben; nicht wenige aber sind von den Bauern erschossen worden, welche die Strolche leidenschaftlich hassen und sie aus eigner Macht für die begangenen Verbrechen unnachsichtlich bestrafen. Es gibt Kolonisten, welche hartherzig genug sind, auf die Landstreicher Jagd zu machen, um ihre miserabelen Habseligkeiten an sich zu reißen. Nicht umsonst sagt ein sibirisches Sprichwort, daß „der Strolch mehr wert ist, als ein Eichhörnchen"[22]).

Die Gründe dieser unmenschlichen Härte sind zweierlei: Die altangesessenen Bauern haben an sich selber viel zu oft erfahren, wie schrecklich es ist, das Opfer eines Verbrechens zu werden; anderseits haben sie bis heute eine ganze Reihe von Sorgen und Lasten zu tragen, da sie mit Dieben und Bettlern täglich in Berührung kommen.

Von den Verbrechen, welche in Sibirien begangen werden, nehmen nicht nur Diebstähle, sondern auch zahlreiche Brandstiftungen und Raubmorde eine sehr wichtige Stelle ein. Um diese Behauptung zu illustrieren, wollen wir nur einige Prozesse erwähnen. Im Jahre 1898 brannte das ganze Dorf Kamenskoie ab, wobei 64 Höfe ein Raub der Flammen wurden. Dieses Unglück hatten aus Rache vorbeiziehende Strolche angerichtet[23]). Im Jahre 1889 haben derartige Kunden im Gouvernement Tobolsk eine ganze Familie, Vater, Mutter und mehrere Kinder ermordet, und den Bauernhof ausgeplündert[24]). Derartige Gräueltaten hätten in Rußland eine kolossale Aufregung in allen Klassen der Gesellschaft hervorgerufen; in Sibirien werden solche Verbrechen täglich verübt und die meisten können nicht geahndet werden, denn die Polizei ist nicht im stande, die Schuldigen zu entdecken. Am meisten werden die Bauern durch die Verbrechen erbittert, welchen ihre Frauen und Töchter ausgesetzt sind[25]). Es ist öfter vorge-

[22]) Die Deportation nach Sibirien, S. 263.
[23]) Die Deportation nach Sibirien, S. 264.
[24]) Bericht von A. Salomon, S. 101.
[25]) Bericht von A. Salomon, S. 305.

kommen, daß ein armes Weib während der Arbeit auf dem Felde überfallen und in den Wald geschleppt wurde, wo mehrere Strolche sie mißbrauchten und dann ermordeten, um die Spur ihres Verbrechens zu verbergen. In solchen Fällen kennt die Wut der Bauern keine Grenze. Im Gouvernement Tomsk wurden für derartige Handlungen im Laufe einer einzigen Woche sieben Landstreicher todgeschlagen. Jadrinzeff berichtet, daß gewisse Gegenden als Massengräber der Strolche verrufen sind. Die letztern erzählen, daß in einem Walde bei Fingul (Gouvernement Tomsk) weniger Bäume wachsen, als Stromer in der kühlen Erde ruhen. Von dem Fluß Karasuk (dieselbe Gegend) behaupten sie, daß sein Wasser durch die zahlreichen Leichen der Strolche, welche hineingeworfen wurden, verpestet sei. Dieses sind einzelne Punkte, wo Menschenblut in Strömen geflossen ist, aber in ganz Sibirien kommen solche Szenen oft genug vor, denn sowohl die russischen Bauern, als auch die asiatischen Völkerschaften sehen in der Lynchjustiz ihre einzige Rettung.

Alle diese Tatsachen sprechen für sich selbst. Die Anhänger der administrativen Deportation suchen sie zu verteidigen, indem sie auf die Gefahren der Lynchjustiz im europäischen Rußland hinweisen. Aber in den zentralen Gouvernements kommen solche Verbrechen nur ausnahmsweise vor; in Sibirien dagegen, wo die Bauern von den Behörden keinen Schutz zu erwarten haben, müssen sie sich die Stromer durch rücksichtslose Strenge und Energie vom Leibe halten.

Die Möglichkeit, einem Verbrechen zum Opfer zu fallen, hängt wie ein Damoklesschwert über dem Haupt eines jeden sibirischen Bauern. Außerdem aber verdankt er den Stromern eine ganze Reihe von Abgaben und Pflichten, welche auf die Dauer sehr lästig sind.

In den sibirischen Dörfern ist es Sitte, den Bettlern ein Almosen zu geben. So lange die Kunden einzeln und bescheiden die Häuser „abklopfen", welche an der Dorfstraße liegen, werden ihnen Brot, Milch und sogar alte Kleider gereicht. Wenn sie aber sich etwas zu Schulden kommen lassen, dann verwandelt sich der wohltätige Bauer in einen erbarmungslosen Richter[26]).

[26]) Jadrinzeff, Die russische Gemeinde im Gefängnis und in der Deportation, 1872, S. 499.

Die Almosen kosten natürlich Geld, denn im Laufe des Jahres teilt jeder Bauer ein bedeutendes Quantum von Eßwaren an die Vaganten aus. Aber auf diese Weise ist wenigstens ein modus vivendi gefunden worden.

Wir müssen noch hinzufügen, daß die Pflege der Leute, welche auf der Landstraße erkranken, ausschließlich den Bauern zur Last gelegt wird. Sie müssen dieselben entweder in die Stadt bringen, welche Hunderte von Werst entfernt ist, oder bei sich im Dorf verpflegen. Da aber bei ihnen weder ein Krankenhaus, noch ein Asyl vorhanden ist, so wird der Sterbende jeden Tag in eine andre Hütte hinübergetragen. Dieses primitive System der Krankenpflege ist gar nicht genug zu verurteilen, denn die Vaganten leiden sehr oft an allen möglichen Krankheiten, wie Ruhr, Typhus oder Syphilis. Wenn so ein Landstreicher stirbt, muß der Bauer ihn auf seine eignen Kosten beerdigen. Die Ceremonie ist äußerst primitiv, aber einige Rubel werden immer aufgehen.

Die Leidensgeschichte der sibirischen Bauern ist lang genug. Sie würde eine große Lücke enthalten, falls wir nicht erwähnen würden, daß auch die Polizei gewisse Anforderungen stellen kann. Die Administration sieht sich öfters genötigt, gegen die Landstreicher energisch vorzugehen. Falls ein Verbrechen die Aufmerksamkeit der hohen Obrigkeit auf sich gezogen hat, oder wichtige Sträflinge aus dem Zuchthaus entsprungen sind, dann wird gewöhnlich eine Razzia arrangiert; ein andermal werden die Bauern gezwungen, Arrestanten bis zum nächsten Gefängnis zu begleiten. Alle diese Aufträge sind sehr unangenehmer Natur: erstens nehmen sie den Bauern viel Zeit weg, zweitens können sie von Gerichtswegen bestraft werden, falls ihnen ein Gefangener entwischt (was häufig vorkommt), und drittens ist die Teilnahme an einer Razzia ein sehr gefährliches Unternehmen, weil die Landstreicher sich manchmal zur Wehr setzen und einen verzweifelten Widerstand leisten.

In Sibirien gibt es kein Dorf und keine Stadt, welche unter diesen unglückseligen Zuständen nicht zu leiden hätte. Unwillkürlich wird man an die Worte von Jadrinzeff erinnert, welcher mit Recht als einer der größten Kenner des sibirischen Lebens bekannt ist: „nur derjenige kann die Schädlichkeit der Deportation für Sibirien bestreiten und von ihrem Nutzen überzeugt sein, welcher nie in Sibirien gewesen ist und niemals gesehen hat, unter welchen Bedingungen die Deportierten in diesem Lande ihr Leben verbringen."

Wir aber glauben mit Recht die Frage aufzustellen: wie können in einem kulturellen Staat solche Zustände geduldet werden?

Bis jetzt haben wir vom sibirischen Festland gesprochen. Wir können aber unsre Skizze nicht schließen, ohne in Kürze die Zustände auf der Insel Sachalin zu besprechen[27]). Dieses ist unsre Strafkolonie, wo die Verurteilten ihre Zuchthausstrafe verbüßen und nachher in den Dörfern angesiedelt werden. Die Deportation nach dem Festlande existiert mehr als 200 Jahre, nach der Insel Sachalin aber erst seit einigen Decennien. Im Jahre 1861 wurde dorthin der erste Transport von Gefangenen gebracht. Es waren 80 Mann, welche in den Kohlengruben beschäftigt wurden. Im Jahre 1868, als das Zuchthaus in Nerschinsk geschlossen werden sollte, wurden 800 Mann nach Sachalin übergeführt, und seitdem erfolgte die Zusendung in regelmäßigen Perioden. Bei der Gründung dieser Kolonie hat die Regierung in keiner Hinsicht gespart. Im Laufe der Jahre von 1880 bis 1899 hat sie nicht weniger als 23 000 000 Rubel ausgegeben; der Transport der Sträflinge hat allein 5 300 000 Rubel und die Unterstützung der Deportierten bei der Ansiedelung 1 146 000 Rubel erfordert[28]). Diese Summen sind so bedeutend, daß sich einem unwillkürlich die Frage aufdrängt, ob die Resultate diesen Ausgaben entsprechen?

Die Insel Sachalin wurde als Strafkolonie aus folgenden Gründen in Betracht gezogen. 1. Das Land galt für sehr reich an Steinkohlen; infolgedessen wurde angenommen, daß man einerseits den Sträflingen und Ansiedlern eine vorteilhafte Beschäftigung bieten könne, anderseits die Regierung im stande sein würde, ihre Kosten zu decken. 2. Dank der geographischen Lage Sachalins war die freie Kolonisation dieser Insel geradezu unmöglich, so daß von einem schädlichen Einfluß der Sträflinge auf die russische Bevölkerung keine Rede sein konnte. 3. Da die Insel vom Fest-

---

[27]) A. Salomon, Bericht. D. Drill, Deportation und Zuchthaus in Rußland, Journal d. Justiz-Ministeriums, 1898, V). A. Tschechoff, Die Insel Sachalin, 1895. A. Loewenstimm, Deportation und Familie. Das Recht, 1898, Nr. 3.

[28]) Diese Ausgaben waren notwendig, und es ist kaum möglich, dieselben zu reduzieren. Die Deportation nach Neu-Caledonien hat den Franzosen im Laufe von 10 Jahren ca. 200 Mill. Franken gekostet, so daß für jeden Sträfling nicht weniger als 2000 Franken jährlich ausgegeben wurden (Seyffarth, Hinter eisernen Gittern, 1898, S. 112—114).

lande durch eine Meerenge getrennt ist, so ist die Flucht der Deportierten äußerst erschwert.

Die Erfahrung hat aber gelehrt, daß alle diese Gründe nicht stichhaltig gewesen sind.

Trotzdem Sachalin eine Insel ist, welche vom Meere umspült wird, so kommt es sehr oft vor, daß die Sträflinge entfliehen, weil die Tatarische Meerenge, welche die Insel vom Kontinent trennt, in ihrem nördlichen Ende ziemlich schmal ist, zum Winter aber gänzlich festfriert. Die Bergwerke sind, wie es sich erwiesen hat, gar nicht so reich an Steinkohle, daß es sich gelohnt hätte, alle Deportierten in den Gruben zu beschäftigen. Im Jahre 1875 hatte sich eine Privatgesellschaft gebildet, um die Schätze zu heben, welche im Schooß der Erde verborgen waren. Die Krone hoffte von diesem Unternehmen eine Einnahme von 600 000 Rubel zu erhalten, statt dessen war sie gezwungen, ein bedeutendes Defizit zu decken.

Da sich die Arbeiten in den Bergwerken als unvorteilhaft erwiesen hatten, so entschloß sich die Verwaltung der Insel, die Deportierten mit Ackerbau zu beschäftigen. Seitdem sind 30 Jahre vergangen, und man muß, leider, gestehen, daß auch dieser Versuch mißlungen ist. Bereits in den 90er Jahren berichtete der Generalgouverneur Baron Korff, daß „es besser sei, die nutzlosen Bemühungen aufzugeben, eine Gegend zu kolonisieren, welche nicht im stande ist, eine stabile Bevölkerung anzuziehen und zu ernähren." Trotzdem dieser Bericht auf Grund eines genauen Studiums der lokalen Verhältnisse abgefaßt war, und an Klarheit der Schlüsse nichts zu wünschen übrig ließ, ist er sehr wenig beachtet worden, und die Deportation nach der Insel Sachalin dauert weiter. Jetzt werden dort folgende Sträflinge angesiedelt: 1. Personen, welche die Zuchthausstrafe verbüßt haben; 2. Eingeborene aus Transbaikalien, welche eine Zuchthausstrafe in der Heimat erlitten haben, aber von der Gemeinde nicht zurückgenommen wurden; 3. Personen, welche in Transbaikalien zum zweitenmal ein Verbrechen begangen haben, und 4. Landstreicher. Im ganzen sind es 2000 Menschen jährlich. Damit sich diese Leute in ihrem neuen Wohnort einrichten, wird ziemlich viel getan, und zahlreiche Beamte der Gefängnisverwaltung leben in den verschiedenen Punkten der Insel; aber die Resultate sind nichts weniger als glänzend. Die Zuchthäuser sind so überfüllt, daß viele Sträflinge

Digitized by Google

außerhalb der Mauern oder direkt in den Dörfern angesiedelt werden. Dort werden sie zwei oder drei Jahre lang materiell unterstützt, denn die Regierung sucht den Deportierten zu helfen, so viel es angeht. Dennoch ist kein Fortschritt zu verzeichnen. Bloß der zehnte Teil der Bauernhöfe hat einen gewissen Wert. Die übrigen Kolonisten leben nur von der Hoffnung, daß es ihnen über kurz oder lang gestattet sein wird, sich in Sibirien oder im europäischen Rußland als Bauern anzusiedeln. Bei den Enquêten, welche mehrere mal vorgenommen wurden, antworteten die Deportierten, daß das Leben auf der Insel sehr schwer sei: „man kann hier vor Hunger sterben". Einzelne Dörfer, wie z. B. Korsakowskoie, zeichnen sich durch einen gewissen Wohlstand aus, aber dieser Umstand läßt sich darauf zurückführen, daß in der Nähe des Dorfes Zuchthäuser sind, so daß es vorteilhaft ist, heimlich mit Schnaps zu handeln. Alle diese Tatsachen geben uns das Recht, zu behaupten, daß der Bericht des Barons Korff unbedingt glaubwürdig ist.

Das Mißlingen der Kolonisation hat sehr verschiedene Gründe: 1. Der größte Teil der Insel ist gebirgig, und die kahlen Felswände sind für den Ackerbau nicht zu brauchen. Außerdem ist das Klima, namentlich im nördlichen Teil, ziemlich rauh. Nur im Zentrum und im Süden der Insel gibt es verhältnismäßig mehr Ackerland, aber auch so wenig, daß in den nächsten Jahren höchstens 3500 Familien placiert werden können. 2. Die Stellen, wo die Dörfer gebaut wurden, sind nicht besonders günstig gelegen. 3. Um ein eignes Anwesen zu gründen und zu leiten, muß der Bauer eine gewisse Energie besitzen; die meisten Deportierten sind aber Neurastheniker, halbkranke Leute, deren Kräfte durch das jahrelange Leben im Gefängnis und im Zuchthaus stark gelitten haben. 4. Jedermann hat gewisse Gewohnheiten und Sympathieen, welche er seiner Erziehung und seiner Lebensweise verdankt. Die Gefängnisverwaltung will das aber nicht gelten lassen und verlangt, daß sich alle Sträflinge dem Ackerbau widmen. Eine solche Forderung ist schon deshalb falsch, weil viele von den Deportierten zu dieser Arbeit nicht mehr tauglich sind. An erster Stelle sind die Landstreicher zu nennen, welche physisch und moralisch so heruntergekommen sind, daß sie absolut nicht mehr im stande sind, eine Arbeit auszuführen, welche eine gewisse physische Anstrengung erfordert. Dann kommen die Leute, welche aus dem Süden

stammen. Die Eingeborenen Beßarabiens, der Krim, des Kaukasus oder der turkestanischen Steppe können das Klima von Sachalin nicht ertragen und sterben massenhaft an der Schwindsucht. Für diese Unglücklichen ist Sachalin eine „trockene Guillotine", wie es Cayenne für die französischen Sträflinge war. 5. Einer der Hauptgründe des Mißgeschicks ist aber darin zu suchen, daß es dem Deportierten unmöglich ist, eine legale Familie zu gründen. Die Zahl der Frauen, welche zur Strafe auf der Insel leben, beträgt 1373, Männer gibt es aber 16 038. Die erstern bilden daher bloß 8 pCt. der Bevölkerung. Im Zuchthause brauchen sie nicht zu arbeiten und werden direkt in den Dörfern angesiedelt, um den unverheirateten Deportierten in ihrer Wirtschaft behilflich zu sein. Man könnte glauben, daß ihnen auf diese Weise eine gewisse Vergünstigung gewährt wird. Man darf aber nicht vergessen, daß das arme Weib nicht das Recht hat, sich einen Mann zu wählen, und mit demjenigen Sträfling leben muß, welchem sie von der Verwaltung zugewiesen wurde. Wenn wir hinzufügen, daß jeder Ungehorsam streng bestraft wird, daß bei der Verteilung der Weiber stets Mißbräuche vorkommen können und daß die Sträflinge, welche diese Weiber zu eigen erhalten, den Abschaum der Menschheit bilden, so wird man begreifen, daß die Lage einer solchen Person unerträglich ist.

Um sich vorzustellen, was unter solchen Verhältnissen vorgeht, wollen wir eine Bittschrift citieren, welche der Generalgouverneur des Amurgebiets erhalten hat[29]): „Ich lebe in wilder Ehe mit dem Deportierten O. und bin von ihm in guter Hoffnung. Infolgedessen möchten wir uns heiraten. Aber der Chef der Gefängnisverwaltung verlangt, daß ich im Hause eines andern Sträflings als sein Weib lebe. Was soll nun aus mir werden, denn eine solche Existenz ist mir zuwider!" Der Bescheid, welcher auf diesen Jammerschrei erfolgte, ist äußerst charakteristisch: „Die Frau, welche zum Zuchthaus verurteilt worden ist, hat kein Recht, sich einen Mann zu wählen und muß den Deportierten bei der Gründung und Führung ihres Anwesens behilflich sein. Für die Bittstellerin kann keine Ausnahme gemacht werden[30])."

---

[29]) D. Drill, Reisebericht, S. 21.

[30]) Wenn wir nicht irren, so hat eine Verfügung des Justiz-Ministeriums vor einigen Jahren diese Art von Zuchthausstrafe verboten.

Es ist begreiflich, daß unter solchen Verhältnissen keine normalen Bauernfamilien entstehen können. Im Gegenteil, der Deportierte betrachtet das Weib, welches er erhalten hat, nicht als Mutter seiner Kinder, sondern als sein Eigentum oder, genauer gesagt, als eine Quelle der Einnahmen. Er handelt mit ihr ohne Scham und läßt sich von den Nachbarn die Visite mit 30—50 Kopeken bezahlen.

Auf der Insel leben auch ca. 400 freie Frauen, welche ihren Gatten nachgezogen sind. Mehrere von ihnen sind direkt nach Sachalin gekommen, weil sie von ihren gewissenlosen Männern betrogen wurden, welche ihnen geschrieben hatten, daß man in der Kolonie gut und billig leben könne. Leider ist die Lage dieser Frauen nicht besser als der andern, weil sie gleichfalls gezwungen werden Unzucht zu treiben. Infolgedessen ist es vorgekommen, daß sie ihre Männer verließen, um mit andern in wilder Ehe zu leben.

Ein schauderhaftes Schauspiel bieten die Kinder. Diese armen Wesen sind physisch und moralisch verdorben. Cor[31]) und Charrein[32]), welche als Kenner der französischen Deportation bekannt sind, behaupten, daß die Kinder der Deportierten alle krank und elend aussehen. Genau dasselbe Bild haben wir auf der Insel Sachalin. Nach den Beobachtungen von Tschechoff sind die sachalinschen Kinder bleich, mager und schwächlich; alle sind mit Lumpen bekleidet und immer hungrig. Die meisten sterben infolge von Ernährungsstörungen. Die moralische Atmosphäre, in der sie erzogen werden, ist noch schlechter. Drill charakterisiert das Leben der Deportierten mit folgenden Worten: „es ist eine Mischung von Heiterkeit, cynischem Laster, Schamlosigkeit und bodenlosem Elend. Die Kinder sind unter solchen Bedingungen aufgewachsen, ohne das Leben ehrlicher Leute zu kennen." Um einen Begriff zu geben, was in der Seele eines solchen kleinen Geschöpfes vorgeht, wollen wir einige Gespräche und Spiele anführen[33]): „Der Hausgenosse hat heute die Mutter geschlagen, weil sie mit einem andern Bauern geschlafen hat." „Ich werde dich

---

[31]) La transportation, 1895.

[32]) Revue penitentiaire, 1896. Nr. 2.

[33]) Drill, Deportation und Zuchthaus. (Journal d. Justiz-Ministeriums, 1898, IV, S. 156.)

ermorden", droht ein kleiner Bube. „Ich bin Patrik, der Henker, und du bist ein Landstreicher, den ich auspeitschen muß." Außerdem teilen sich die Kinder die neuesten Nachrichten mit und erzählen, daß der Vater heute gepeitscht und daß die Mutter ins Gefängnis gesteckt wurde.

Noch typischer ist ein Gespräch, welches Tschechoff[34]) mit einem zehnjährigen Knaben hatte.

„Wie heißt dein Vater", fragte Tschechoff.
„„Ich weiß nicht"", antwortete der Bube.
„Schäme dich! Du lebst im Hause deines Vaters und kennst nicht einmal seinen Namen."
„„Es ist nicht mein eigentlicher Vater.""
„Was heißt das?"
„„Es ist der Hausgenosse meiner Mutter.""
„Ist deine Mutter verheiratet, oder Witwe?"
„„Sie ist Witwe, und für den Mann hierhergekommen.""
„Was heißt das, für den Mann?"
„„Sie hat ihn ermordet.""
„Kannst du dich deines Vaters erinnern?"
„„Nein. Ich bin ein natürliches Kind. Die Mutter hat mich im Zuchthaus zu Kara geboren.""

Wenn man solche Berichte liest, dann muß man zugeben, daß eine neue Generation heranwächst, welche nur dazu gut ist, um unsre Zuchthäuser zu bevölkern.

Zum Schluß müssen wir noch einige Worte über den Wert der dortigen Zuchthäuser als Straf- und Besserungsanstalten sagen. Der Chef der Gefängnisverwaltung, Salomon[35]), ist zur Überzeugung gekommen, daß in den Zuchthäusern auf Sachalin von einer Besserung der Verbrecher keine Rede sein kann. Im Gegenteil, das Leben in diesen Mauern ist unbedingt verderblich, nicht nur für Leute, welche charakterlos sind, sondern auch für solche, welche ein Unglück oder ein Verbrechen gegen die militärische Disziplin ins Zuchthaus gebracht haben. Der Sträfling verlernt sogar das Beten. Wenn es jemand von ihnen wagt, nach dem offiziellen Gebet sein eignes zu sprechen, so wird er das erste Mal

---

[34]) Die Insel Sachalin.
[35]) Bericht, S. 197.

ausgelacht und das zweite Mal halb tod geschlagen. Sogar die Soldaten, welche die Wache beziehen, kommen moralisch herunter. Infolgedessen ist es natürlich, daß die Sträflinge ihre Freiheit dazu benutzen, um die frechsten Verbrechen zu begehen. Eine genaue Kriminalstatistik für Sachalin ist bis heute nicht veröffentlicht worden. Um aber einen Begriff zu geben von dem, was auf der Insel vorgeht, wollen wir nur eine kleine Liste von Verbrechen anführen, welche im Laufe des einen Monats verübt wurden, als der Chef der Gefängnisverwaltung, Salomon, auf der Insel weilte[36]): 1. Ermordung zweier Eingeborenen, 2. Notzucht an einem zehnjährigen Mädchen, 3. zwei Raubanfälle auf geschlossene Magazine, ausgeführt von bewaffneten Banden, 4. Brandstiftung um ein Magazin mit Waren berauben zu können, 5. Versuch den Chef eines Gefängnisses zu ermorden, 6. bewaffnete Raubanfälle auf einen Geistlichen, einen Kaufmann und einen Gefängniswärter, 7. Diebstahl im Hause des Polizeichefs von Korsakowo, 8. versuchter Diebstahl im Hause, wo A. Salomon selbst wohnte(!). Um diese Liste zu beschließen, wollen wir einige Zeilen aus dem schönen Werk von Tschechoff citieren: Die Diebstähle sind in dieser Gegend etwas ganz gewöhnliches und werden gewerbsmäßig betrieben. Die Arrestanten sind wie hungrige Heuschrecken und verschlingen alles, was nicht hinter Schloß und Riegel ist. Im Gefängnis bestehlen sie sich gegenseitig; in der Freiheit stehlen sie bei jeder Gelegenheit: aus den Häusern der Nachbarn, während der Arbeit auf dem Felde, beim Ausladen der Warenballen von den Schiffen. Der Diebstahl wird stets mit einer großen Geschicklichkeit ausgeführt; infolgedessen kann man gar nicht zweifeln, daß die Diebe genug Gelegenheit haben, sich in ihrer Kunst zu üben. Im Hafen von Done hatte man eines Tages einen lebenden Hammel auf dem Schiffe gestohlen. Es war aber ganz unmöglich, den Hammel zu finden, trotzdem das Landungsboot das Schiff noch nicht verlassen hatte.

Von diesen Scenen ist eine typischer, als die andre. Daher drängt sich einem unwillkürlich die Frage auf, ob es sich lohnt, Millionen für eine Strafkolonie auszugeben, wo solche Verhältnisse herrschen?

---

[36]) Die Insel Sachalin, S. 447.

Hiermit schließen wir unsre Betrachtungen über die Deportation nach Sibirien. So klein unsre Skizze ist, aber sie enthält Material genug, um einen Schluß zu machen. Wir haben gesehen, daß die Gefängnisverwaltung den Deportierten gegenüber dreierlei Systeme befolgt hat: 1. Sie wurden in den Dörfern der altangesessenen Bauern und in den Kreisstädten angesiedelt, ohne daß die Regierung ihnen irgend welche materielle Hilfe gewährte. 2. Im Gouvernement Tomsk wurden Dörfer speziell aus Deportierten gebildet. 3. Auf der Insel Sachalin ist eine ganze Reihe von Dörfern geschaffen worden, um die Sträflinge, welche ihre Zuchthausstrafe verbüßt haben, anzusiedeln. Die Bewohner der Dörfer erhalten eine ziemlich bedeutende materielle Unterstützung im Laufe mehrerer Jahre. Aber alle diese Systeme sind vollständig mißglückt. Nur ein ganz minimaler Teil der Deportierten hat ein Heim gegründet und betreibt den Ackerbau mit Liebe und Ausdauer. Die meisten jedoch vermehren nur die Zahl der Strolche, welche der Krebsschaden des Landes sind. Wir können es nicht unterlassen, die Worte zu wiederholen, mit welchen der Chef der Gefängnisverwaltung, A. Salomon, seinen Bericht geschlossen hat: „Alle Systeme, welche bis jetzt angewandt wurden, um die Deportation zu organisieren, sind mißlungen, ein neues System ist aber bis jetzt nicht gefunden worden." Wir stimmen mit diesen Ausführungen vollständig überein, und glauben den Wunsch aussprechen zu dürfen, daß die Reform, welche mit der Novelle vom 12. Juni 1900 begonnen wurde, auch vollständig durchgeführt werde: Die Deportation muß in allen ihren Formen (d. h. als selbständige Strafe, als administrative Maßregel und als Folge der Zuchthausstrafe) aufgehoben werden. Es ist zwecklos, für den Transport der Sträflinge nach dem Stillen Ocean Millionen auszugeben. Für diese Unsummen kann man in Rußland Zuchthäuser bauen. Nach Verbüßung der Strafe muß dem Verbrecher nicht nur die Freiheit, sondern auch eine gewisse Unterstützung gewährt werden, damit er die Möglichkeit habe, Arbeit zu finden. Diejenigen aber, welche als unverbesserlich, schädlich und gefährlich anerkannt werden, für die existiert die Zuchthausstrafe auf Lebenszeit oder die Verwahrung[37]). Derartige Maßregeln sind einfacher, rationeller und

[37]) Stooß, Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, 1894.

billiger, als die Ausgabe von 23 000 000 Rubeln für eine Strafkolonie, welche nichts besseres ist, als eine Hölle auf Erden.

Wann diese einschneidende Reform unseres Strafrechts durchgeführt wird, ist sehr schwer zu sagen. Aber so lange die Deportation existieren wird, haben ihre Gegner das Recht, die Worte Catos zu wiederholen: „ceterum censeo Carthaginem esse delendam.

6.

Tramping with Tramps.*)

(Aus dem Englischen von M. Josiah Flynt.)

Übersetzt von Lili du Bois-Reymond, Potsdam.

Der Verbrecher ist, bis in die neueste Zeit, ausschließlich innerhalb der Gefängnisgitter studiert worden, nachdem er ergriffen und verurteilt war. Wenn er seine Strafe abgesessen hat, ist er sein eigner Herr, und hat eine begreifliche Abneigung, von Männern der Wissenschaft gemessen und untersucht zu werden. Daher muß der Kriminologe die Wechselfälle abwarten, die den Verbrecher fast sicher bald wieder in eine Gefängniszelle bringen. Hier hat man ihn schon den minutiösesten Untersuchungen unterworfen, und es existiert eine umfangreiche Literatur über die Resultate, welche diese Untersuchungen gezeitigt haben. Es gibt z. B. Bände und Bände über Körper, Schädel und Gesicht des Verbrechers, über seine humoristischen und obscönen Wandkritzeleien, über den Einfluß verschiedener Diät auf sein Verhalten, über seinen Pulsschlag, den man durch komplizierte Instrumente zu verschiedenen Zeiten gemessen hat. Wir haben Bände voll von den Geschichten, die er auf Verlangen über sein eignes Leben erzählt hat, oder von seinen Faseleien unter dem Einfluß der Hypnose, und zahlreiche anthropologische und psychologische Einzelheiten, welche niedergeschrieben, verglichen und klassifiziert worden sind.

Aus diesem massenhaften Material, was hauptsächlich von Gefängnisärzten und Gefängnisbeamten gesammelt worden ist, hat man nun den Schluß gezogen, daß der Verbrecher ein mehr oder weniger entartetes Individuum ist. Über den Grad seiner Entartung gibt es Meinungsverschiedenheiten, aber alle Forscher sind über die Hauptfrage einig, während einige sogar so weit gehen, zu

---

*) Eine deutsche Übersetzung des ganzen Buches Tramping with Tramps wird im Frühjahr 1904 im Verlage von J. Guttentag erscheinen.

behaupten, daß der Verbrecher auf dem Gebiete des Verstandes und der Moral in abnormer Weise verkümmert ist, und daß er in einer großen Anzahl von Fällen nicht in eine Strafanstalt, sondern in ein Irrenhaus gehörte.

Die menschliche Gerechtigkeit schreckt davor zurück, den Mann zu bestrafen, der zwar gesündigt hat, aber gegen den noch mehr gesündigt worden ist; dennoch müssen wir, ehe wir uns dieser Ansicht anschließen dürfen, die Theorie, auf der sie beruht, und ihre Ansprüche auf wissenschaftliche Begründung sorgfältig prüfen.

Die erste Frage bei einer derartigen wissenschaftlichen Untersuchung ist, meiner Ansicht nach, diese: wo können wir hoffen, den Verbrecher in der ihm natürlichsten körperlichen und geistigen Verfassung zu finden: im Gefängnis als besiegten und mit seinen Plänen gescheiterten Mann, oder draußen, wo er auf seine Raubzüge ausgeht und sucht, wen und was er verschlinge?

Selbstverständlich soll er auch studiert werden, während er seine Strafe abbüßt, aber ich behaupte, daß das Gefängnis nicht als die normale Sphäre angesehen werden darf, in der sich sein Leben abspielt, sondern als eine Episode in diesem Leben, und daß wir, weil es bisher nicht so angesehen worden ist, heute ein Zerrbild von dem Verbrecher und eine fehlerhafte Tendenz in der Strafwissenschaft haben.

Es ist jetzt mehr als zehn Jahre her, daß ich meine erste Bekanntschaft mit Tramps machte. Ich suchte diese Bekanntschaft in der Absicht, ihr Leben besser kennen zu lernen, und ich sah bald, daß ich, um es gründlich zu tun, ganz darin aufgehen und ein integrierender Bestandteil dieses Lebens in seinen verschiedenen Manifestationen werden müßte. Zu verschiedenen Zeiten meines Lebens habe ich monatelang in engster Gemeinschaft mit englischen und amerikanischen Vagabunden gelebt. In der Klasse der Tramps, oder ihr doch so nahestehend, daß der Übergang fast unmerklich ist, findet man jede beliebige Anzahl von Verbrechern, welche aus geselligen oder geschäftlichen Gründen mit diesen ihren weniger ehrgeizigen Brüdern verkehren. In fast jeder großen Stadt der beiden genannten Länder kenne ich sie einigermaßen, und mit nicht wenigen hervorragenden Mitgliedern dieser Klasse ist es mir gelungen, gut bekannt zu werden. Ich beabsichtige nun, den Eindruck zu schildern den sie auf jemand machen, der sie in ihrem eignen Reich studiert, damit ich zeigen kann, wie verschieden der frei-

Digitized by Google

lebende Verbrecher von seinem hinter Gefängnisgittern eingesperrten Bruder ist.

Lombroso und andre teilen die von ihnen studierten Verbrecher ein in: politische, instinktive, Gelegenheits-, Gewohnheits- und Berufsverbrecher, aber im Bereich meiner Untersuchungen ist nur eine Klasse von irgend welcher Wichtigkeit: die Berufsverbrecher. Ich weiß wohl, daß es auch instinktive und Gelegenheitsverbrecher gibt, aber sie bilden einen sehr kleinen Teil von der Welt der Ausgestoßenen die ich am besten kenne, und können nicht als wirkliche Vertreter derselben angesehen werden. Am häufigsten habe ich solche Leute auf der Walze getroffen, die mit bewußtem Entschluß das Verbrechen als Beruf ergriffen hatten, oder die aus geschäftlichen Gründen damit experimentierten, und diese Leute sind es auch, meiner Meinung nach, die am häufigsten in unsern Gerichtssälen auftauchen.

Natürlich versuchen sie dort es so darzustellen, als ob sie keine Berufsverbrecher seien, und es gelingt ihnen auch oft, die Richter davon zu überzeugen, aber das ist nur ihrer Klugheit und Geriebenheit zuzuschreiben.

Auch darin befinde ich mich im Gegensatz zu einer ziemlich verbreiteten Ansicht, daß ich sagen muß: die mir bekannten Verbrecher sind nicht deshalb Verbrecher geworden, weil sie keine andre Möglichkeit sahen, Leib und Seele zusammen zu halten. Die Verbrecher aus solchen Gründen sind viel weniger zahlreich, als man gewöhnlich annimmt. Es ist richtig, daß sie meistens aus den Armenvierteln unsrer großen Städte kommen, und daß dort, besonders für Familien, das Niveau des Lebens beklagenswert tief liegt, aber ein einzelner Mensch kann dort seinen Lebensunterhalt sehr viel leichter finden, als die Philanthropen meinen. Zum Beispiel kann man alles zum Leben Unentbehrliche einfach durch Betteln erhalten, und auf diese Weise gewinnt es die große Mehrzahl derer, welche keine Lust haben, dafür zu arbeiten. Der Verbrecher aber will auch die entbehrlichen Lebensgenüsse haben, er strebt nach Gold und allem Luxus, der nur für Gold zu haben ist, und um das zu erreichen, beraubt er die, welche das Gold haben. Nach seiner Ansicht kann er, wenn alles gut geht, einer der oberen Zehntausend werden, und da er sehr wenig zu verlieren und sehr viel zu gewinnen hat, nimmt er entschlossen die Chancen auf sich.

Ich muß ferner sagen, daß die mir bekannten Verbrecher nicht, wie man es gewöhnlich voraussetzt, der Abschaum ihrer Umgebung sind. Im Gegenteil, sie stehen über ihrer Umgebung, und sind oft so begabt, daß sie sich in jeder Gesellschaftsklasse hervortun würden, wenn sie nur dahin gebracht werden könnten, sich deren Verpflichtungen und Vorrechte klar zu machen. Die Ansicht, daß der Verbrecher den tiefsten Stand seiner eignen Gesellschaftsklasse vertritt, entspringt aus einer falschen Vorstellung von dieser Klasse, und den Elementen, aus denen sie sich zusammensetzt. Nach meinen Erfahrungen sind diese hauptsächlich Mittellose und sind es so lange gewesen, sind, selbst in den Vereinigten Staaten, so stumpfsinnig und alles Besseren ungewohnt, daß sie nur selten einen ernsthaften Versuch machen, sich aus ihrer Tiefe emporzuarbeiten. Ich glaube sogar, man kann sagen, daß die Mehrzahl von ihnen in ihrer Armut und Verkommenheit ganz so glücklich und zufrieden ist, wie der Aristokrat in seinem Palast. Ich habe sowohl in Whitechapel wie in den schlimmsten Teilen von New York ganze Familien kennen gelernt, die man nicht dazu hätte bringen können, mit reichen Leuten zu tauschen, wenn dieser Tausch sie gleichzeitig gezwungen haben würde, so zu leben und sich zu benehmen, wie reiche Leute. Man hört sie sogar die Reichen beklagen und sich drüber wundern, daß diese solch eine „Zwangsjackenexistenz" aushalten können.

Doch gibt es in dieser selben Klasse einige, welche mit ehrgeizigen Wünschen geboren werden und Energie genug haben, um zu versuchen diese zu erfüllen. Diese emanzipieren sich von den Lebensbedingungen ihres Standes, aber unglücklicherweise hat die Leiter, welche zu ehrlichen Berufen führt, in ihrer Umgebung keinen Zugang. Niemand aus ihrer Bekanntschaft hat die Sprossen dieser Leiter erstiegen und dadurch ihren Ehrgeiz gereizt, ihm nachzufolgen, und wenn ihnen auch der Stadtmissionar erzählt, daß es Leute gibt, denen das gelingt, so glauben sie ihm das nicht, oder vielmehr sie ziehen vor, die Geschichten von erfolgreichem Streben zu glauben, die sie in der „Polizei-Zeitung" und dem „Verbrecherkalender" lesen, und die ihnen viel einleuchtender sind. Den meisten von ihnen ist es völlig klar, daß, um derartige Erfolge zu erzielen, man sich gegen die Gesetze vergehen muß, und daß man eingesperrt wird, wenn man dabei ertappt wird, aber es ist ihre einzige Wahl zwischen dem verhaßten elenden Slum und dem ersehnten, möglichen Reichtum, und sie sind entschlossen, das Risiko zu übernehmen.

Nicht alle diese Ehrgeizigen besitzen genügende Energie. Einige bringen es nur bis zum Trampleben, welches sie, trotz seiner vielen Wechselfälle und Entbehrungen, mehr anzieht als das Leben, dem sie entfliehen wollen.

Die Energischeren ergeben sich dem wirklichen Verbrecherleben, und man kann sie, geistig wie physisch, als die Aristokraten ihrer Umgebung bezeichnen.

Dies ist meine Analyse der männlichen und weiblichen Verbrecher, die ich in der Freiheit getroffen habe, und ich glaube, man wird sie für diese ganze Klasse zutreffend finden.

Was ihre Nationalität anbetrifft, so muß ich sagen, daß sie meistens Eingeborene der Länder sind, in welchen sie leben. In Amerika wird oft behauptet, daß die Hauptverbrecher Ausländer sind, und es ist viel geschrieben worden über das Abladen von europäischen Verbrechern auf Amerikas Küsten, aber die Mehrzahl der Verbrecher — in der Freiheit wenigstens — sind Eingeborene, gewöhnlich von irisch-amerikanischer Abstammung. In England findet man etwas häufiger ungemischtes Blut. Es wird behauptet, daß Irland von ganz Europa das Land der wenigsten Verbrechen ist, und dies mag zutreffen, soweit es sich um lokale Verbrechen handelt, aber von allen englisch sprechenden Ländern entsendet es die meisten Verbrecher. In Amerika gilt es in der Tat für ganz ungewöhnlich, wenn ein Verbrecher nicht in irgend einem Zusammenhang mit der „grünen Insel" steht, und der Umstand, daß mein eigner Zusammenhang mit ihr nur sehr unbedeutend ist, war mir in meinem Verkehr mit der Verbrecherwelt hinderlicher, als alles andre. In Bezug auf das Alter der Verbrecher die ich getroffen habe, lassen sich schwer positive Angaben machen, aber der Durchschnitt war wohl zwischen 25 und 30 Jahren, — meist Männer — auf 20 männliche Verbrecher etwa ein weiblicher, und in den Vereinigten Staaten ist der Prozentsatz noch höher. Man kann daraus aber nicht den Schluß ziehen, daß die Frauen in diesen Kreisen den Männern an Ehrgeiz nachstehen, jedoch um ihr Verlangen nach üppigem Leben zu befriedigen, ergeben sie sich nicht dem Verbrechen, sondern der Prostitution, in der Hoffnung, da die Reichtümer zu erwerben, die ihre Brüder durch Raub zu gewinnen hoffen. Auch hier irrt man, wenn man annimmt, daß der Hunger alle diese Frauen auf die Straße treibt. Bei vielen wird das zweifellos zutreffen, aber ich glaube, daß es zahlreiche gibt, die dort

nur die Befriedigung ihrer ehrgeizigen und üppigen Wünsche suchen. — Da die Kriminologen behaupten, daß die Entartung der Verbrecher eine physische, geistige und moralische ist, will ich auch in Bezug auf die von mir studierten Verbrecher den Gegenstand von diesen verschiedenen Gesichtspunkten betrachten.

Ich, der ich mit Tramps gewandert bin, und Verbrecher nur gelegentlich beobachten durfte, konnte meine Untersuchungen natürlich nicht in der Weise betreiben, wie wissenschaftliche Beobachter es an Gefangenen getan haben. Ich habe z. B. nicht ihre Schädel messen oder sie wiegen dürfen, ich habe weder ihre Zähne untersucht, noch ihren Puls gefühlt, wenn sie aufgeregt waren. Aber ich habe ihre Gesichter studieren und mir ihren Typus einprägen können, und diesen, wie ich ihn in der Freiheit kennen gelernt habe, mit seiner bildlichen Darstellung in Büchern und Zeitschriften verglichen. In der Regel sind solche Bilder von dem mir bekannten Typus sehr verschieden. Nur in wenigen Fällen nähern sie sich der Wahrheit, und warum die Künstler uns solche Bilder geben, ist mir ganz unverständlich. In New York zeigte ich eine solche Karrikatur einmal einem Verbrecher, und fragte, was er davon hielte? Er sagte: Na, so möcht' ich nicht mal tot gefunden werden! ein Ausspruch, den ich bezeichnend und berechtigt fand. Leider haben die Schriftsteller, die über Verbrecher schreiben, die allerschlimmsten Exemplare als Illustrationen für ihre Bücher ausgesucht, und das Publikum nimmt diese dann als Repräsentanten der ganzen Klasse. Zum Beispiel hält man heute eine zurücktretende Stirn und einen verworfenen Ausdruck um Mund und Augen für typische Stempel des Verbrechergesichts. Die meisten, die ich kenne, vornehmlich die unter 30 Jahren, könnten, wenn sie gut angezogen wären, beinahe in jeder Gesellschaftsklasse auftreten, und ich bezweifle sehr, daß ein uneingeweihter Beobachter im stande sein würde, sie für das zu erkennen, was sie wirklich sind. Nach dem dreißigsten Jahre, mitunter auch noch früher, bekommen sie in der Tat einen eigentümlichen Blick, den ich aber nicht Verbrecherblick nennen würde, — in dem Sinne, in dem man auch den instinktiven Übeltäter einen Verbrecher nennt — ich würde ihn als den Blick eines Menschen bezeichnen, der lange Zeit in Strafanstalten zugebracht hat.

Gefängnisleben, in großen Dosen und häufig genossen, wird dem moralischsten Menschen den Gefängnisblick geben, es ist also kein Wunder, daß Leute ihn haben, die aus dem Verbrechen ihren

Beruf gemacht haben und sich so häufig in Gefängnissen befinden. Haben doch selbst diejenigen, deren Beruf es ist, den Verbrechern nachzuspüren, ziemlich ähnliche physiognomische Eigentümlichkeiten. Mir ist nie ein langjähriger Detektiv vorgekommen, der nicht in seinem Äußern und in seinen Gewohnheiten Ähnlichkeiten mit den Verbrechern gehabt hätte, deren Verfolgung sein Beruf war, und ich kenne mehrere Detektivs, die nur ihres Äußern wegen von Verbrechern für Verbrecher gehalten worden sind.

In Bezug auf andre Abnormitäten, wie: Abwesenheit von Haaren im Gesicht, auffallende Sehschärfe, Länge gewisser Finger, Unempfindlichkeit gegen Schmerz, ungewöhnliche Entwicklung des Unterkiefers, hervortretende Backenknochen, starre Augen, abstehende Ohren und gebückte Haltung, von denen behauptet wird, daß sie den Verbrecher von dem gewöhnlichen Menschen unterscheiden, kann ich nur konstatieren, daß ich sie in der Verbrecherklasse nicht häufiger gefunden habe, als unter normalen Menschen. In den meisten Fällen steht es im Belieben des Verbrechers, sich einen Bart wachsen zu lassen, und das ist ihm lieb. Ohne diese Möglichkeit, sein Aussehen zu verändern, würde er in seinem Beruf sehr behindert sein, und soweit ich ihn kenne, hat er gewöhnlich alle zwei Jahre einen Bart. Es ist gesagt worden, daß man aus seiner Gewohnheit, sich tättowieren zu lassen, auf seine Unempfindlichkeit gegen Schmerz schließen kann, aber es ist nicht recht einzusehen wieso? Tättowieren ist keine sehr schmerzhafte Sache, und das bischen Quälerei, was damit verbunden ist, empfindet der Verbrecher ebenso wie jeder andre Mensch. Übrigens waren die mir bekannten durchaus nicht so geneigt dazu, wie behauptet wird. Im Gegenteil gilt es für eine Torheit, solche Merkmale an seinem Körper zu haben, weil sie die Entdeckung befördern könnten.

Bei allen solchen Fragen sind die Kriminologen ganz auf das angewiesen, was der Verbrecher selbst ihnen mitteilt. Sie lassen ihn etwas schmecken oder riechen, oder stechen ihn mit einer Nadel, und seine Aussage hierüber wird als wissenschaftliches Beweismaterial notiert. Woher wissen sie aber, daß er mit dem was er ihnen erzählt, keinen bestimmten Zweck verfolgt? Es kann ja sein, daß er entartet oder abnorm zu erscheinen wünscht, oder vielleicht findet er nur Vergnügen daran, sie zu narren, und sagt irgend etwas, was ihm gerade einfällt! Ehe nicht Instrumente erfunden worden sind, mit denen man, unabhängig von den Aussagen des

Verbrechers, im stande ist, die Wahrheit zu entdecken, kann man nicht wirklich feststellen, was für Veränderungen der Sinnesorgane bei den Verbrechern vorliegen. — Das Gesamtbefinden des Verbrechers ist ein gutes. Bis zu 25 Jahren ist er so kräftig und leistungsfähig, wie der Durchschnittsmensch. Obwohl er aus den Slums kommt, ist es ihm gelungen, sich eine recht gute Konstitution zu erwerben, und wenn er sie nur in acht nehmen würde, könnte er ein hohes Alter erreichen. Aber gewöhnlich fängt seine Kraft und Frische gegen das dreißigste Jahr an abzunehmen. Um die Zeit hat er schon eine Anzahl Strafen abgesessen, und diese Lebensweise bringt ihn herunter. In der Freiheit kann er viel aushalten und dabei gesund bleiben, aber hinter Schloß und Riegel wird er kraftlos und welkt hin, wenn die Pönologen auch noch so gut für ihn sorgen. Diese Seite seines Lebens ist noch kaum der nötigen Beachtung von denjenigen gewürdigt worden, die den Verbrecher physisch minderwertig finden. Daß er das wird, sei ohne weiteres zugegeben, aber gewöhnlich erst, nachdem die Gesellschaft ihn in ihre Strafinstitute gesteckt hat. Man soll nur an der Tür einer solchen Anstalt stehen, wenn ein Sträfling nach zehnjähriger Haft entlassen wird, und sehen, wie er aussieht. Ich habe das einmal getan und habe nie ein schlimmeres Wrack von einem vormals kräftigen Manne gesehen; ein an Leib und Seele ruiniertes Geschöpf, ein Opfer von Lastern, die er als freier Mann verabscheut haben würde.

Daß der Verbrecher durch das Gefängnis krank gemacht wird, und nicht durch sein Leben und seine Tätigkeit, kann man am besten an den Tramps sehen: diese Menschen leben fast gänzlich im Freien und haben meistens ein härteres Leben als der Verbrecher, und doch sind sie ungefähr die gesundesten Leute, die es gibt. In den Vereinigten Staaten ist einer ihrer Aberglauben, daß sie überhaupt nicht an Krankheiten sterben können, wie andre Menschen, sondern eines gewaltsamen Todes sterben müssen. Dies widerfährt auch den meisten von ihnen; sie fallen nachts von Güterzügen, oder man findet sie auf einem Seitengleise in einem Wagenschuppen verhungert vor.

Da die Forscher den Verbrecher physisch krank und entartet gefunden haben, ist es natürlich, daß sie ihn geistig ebenso abnorm fanden, — aber auch das habe ich nicht entdecken können.

Die Kriminologie nennt z. B. Mangel an Willenskraft als eine der Hauptunvollkommenheiten des Verbrechers, aber außerhalb

der Gefängnisse, im Freien, ist ein starker Wille besonders charakteristisch für die Verbrecher, vornehmlich in jüngeren Jahren, und wenn sie nur dazu gebracht werden könnten, ihn in ehrlichen Berufen auszuüben, so würden sie die erfolgreichsten Menschen werden. Leider aber bestehen sie darauf, diejenigen Dinge zu tun, die die Gesellschaft als Verbrechen ansieht und bestraft. Sie denken, es in ihrem Beruf schneller zu etwas bringen zu können, als in jedem andern, und sie setzen ihre ganze Energie daran, das Ziel ihres Ehrgeizes zu erreichen. Da dieser Ehrgeiz jedem ehrlichen Streben so schnurgerade zuwiderläuft, ist es, und nicht nur bei Kriminologen, üblich, den Verbrecher als willensschwach zu bezeichnen. Ich halte das für einen der schwersten psychologischen Fehler. Napoleon I. z. B. hat, direkt oder indirekt, den Tod von fast zwei Millionen Menschen verschuldet, und war in der Befriedigung seines Ehrgeizes von einer unerhörten Skrupellosigkeit — trotzdem gilt er für einen der willensstärksten Menschen, die je gelebt haben. Anderseits wird der Verbrecher, wenn er nicht kaiserlich und nicht erfolgreich ist, von den Gefängnispsychologen nur aus dem Grunde als pathologisch registriert, weil sein Wille sich auf verbrecherische Pläne richtet. Zweifellos ist diese merkwürdige Klassifizierung dadurch zu erklären, daß man den Verbrecher im Gefängnis für den Verbrecher im Naturzustande gehalten hat. Hinter den Gittern wird er in der Tat etwas zerfahren, und kann seinen Geist schwer konzentrieren, aber das liegt mehr an den drückenden Zuständen des Gefangenenlebens, als an einer angeborenen Schwäche. Bei solchen Lebensbedingungen würde der stärkste Wille gebrochen werden, und vielleicht der des Nichtverbrechers noch schneller als der des Verbrechers, der nach der ganzen Art seines Berufs immer schon damit rechnet und darauf eingerichtet ist, zeitweise eingesperrt zu sein. In derselben Weise kann man den Vorwurf der Ungeduld widerlegen, der dem Verbrecher oft gemacht wird, und auch hier sind die Tramps ein sehr gutes Beispiel. Als Klasse sind sie die geduldigsten Menschen die man sich vorstellen kann, und im stande, jede beliebige Menge von Unbequemlichkeiten und Schwierigkeiten zu ertragen, ohne ihre gute Laune zu verlieren. Wo gibt es z. B. einen stoischeren oder geduldigeren Menschen, als den amerikanischen „Hobo", wenn er bei dem schlechtesten Wetter an der Kohlenstation auf den Güterzug wartet, der ihn weiter befördern soll. Wenn es nötig ist, wartet er lieber tagelang, als

daß er ein Billet bezahlt, und er hat eine tiefe Verachtung für den Dilettanten, der das Warten aufgibt und als zahlender Passagier fährt. Nach einem gewissen Alter verliert der Verbrecher oft diese Beharrlichkeit, aber dann ist eben sein inneres Gleichgewicht durch das Gefängnisleben gestört worden. Sogar der Tramp ist im Gemeindegefängnis weniger geduldig als im Freien, aber sein Aufenthalt da ist so kurz und so viel leichter zu ertragen als der in wirklichen Strafanstalten, daß er sich bald davon erholt hat. Ich kann hier aus persönlicher Erfahrung reden, denn als amerikanischer Tramp habe ich auch mein Teil Gefängnisleben hinnehmen müssen, und ich bin nie so ungeduldig und nervös gewesen, wie in diesen Zeiten, anderseits habe ich mich nie so wohl und leistungsfähig gefühlt, wie auf der Walze.

Wenn eine Freiheitsberaubung von wenigen Tagen solche Wirkung auf einen ganz freiwilligen Gefangenen ausüben kann, wie müssen Jahre eines solchen Lebens auf den Mann wirken, der das Gefängnis haßt wie den Tod, und der nicht einmal sicher ist, ob nicht am Ende seiner Strafzeit ein neuer Haftbefehl auf ihn wartet. Die Kriminologen, die an die angeborene Nervenschwäche des Verbrechers glauben, würden wohl tun, ihre eignen Nerven durch einen nur freiwilligen Aufenthalt im Gefängnis zu prüfen, damit sie merken, wie leicht das natürliche Gleichgewicht erschüttert werden kann. Es wird auch angenommen, daß der Verbrecher sehr häufig Epileptiker ist. Lombroso legt sehr viel Wert auf diese Annahme, und andre Spezialisten gehen ebensoweit wie er. Ich habe auf der Walze niemals einen unverkennbar epileptischen Verbrecher getroffen und kann mich nicht entsinnen, daß Tramps und Verbrecher das Thema je in dem Sinne besprochen hätten, als sei diese Krankheit unter ihnen häufig. Es ist aber ein beliebter Trick bei Tramps, Epilepsie zu heucheln, und ich habe es mit der überraschendsten Naturtreue ausführen sehen. Ich kann nichts darüber sagen, ob Verbrecher im Gefängnis dasselbe tun, aber wenn sie darin so geschickt sind wie Tramps, so will ich gerne glauben, daß sie selbst die gewiegtesten Spezialisten damit täuschen können.

Ich habe auch nicht finden können, daß Geisteskrankheit bei Verbrechern ungewöhnlich häufig ist. Bei solchen unter 25 Jahren kenne ich nicht einen einzigen sichern Fall, und die wenigen älteren Leute, bei denen ich es konstatiert habe, hatten lange Gefängnisstrafen hinter sich, die zweifellos ihre geistige Störung mit verschuldet hatten.

Den besten Beweis für die logischen Fähigkeiten des Verbrechers gibt die Tatsache, daß er augenblicklich vom Verbrechen abläßt, sobald er sich davon überzeugt hat, daß es sich nicht rentiert. Selbst im Anfang seiner Laufbahn ist er darüber nicht sicher, aber da er, wie ich schon sagte, so viel zu gewinnen und so wenig zu verlieren hat, so riskiert er es eben. Nach einiger Zeit — je nachdem er Erfolg hat, früher oder später — findet er gewöhnlich heraus, daß es sich nicht bezahlt, oder doch daß er nicht schlau genug ist, um es rentabel zu machen, und dann gibt er es auf und wird, was ich einen abgeschreckten Verbrecher nenne. Die Ansichten bei den Verbrechern differieren darüber, wie viele Jahre Gefängnis erforderlich sind, um einen Mann davon zu überzeugen, daß sein Geschäft sich nicht bezahlt, aber so weit meine Nachforschungen gehen, nehme ich an, daß 10—15 Jahre genügen, um dem Durchschnittsverbrecher das Geschäft zu verleiden. Einige klammern sich daran, selbst nach 20 Jahren hinter Gittern, aber das sind gewöhnlich solche, die bei großen Unternehmungen ungewöhnliches Glück gehabt haben, und die nun nur noch einmal versuchen wollten, das große Loos zu gewinnen. Der Hauptgrund, weshalb ein Verbrecher nach 15 Jahren Gefängnis sich fürchtet, weiter zu arbeiten, ist, daß er nach dieser Zeit, außer wenn er ein ungewöhnlich kluger Mann ist, leicht das sogenannte Zittern bekommt, eine der unheimlichsten Störungen, denen der menschliche Organismus unterworfen ist. Es wird in verschiedener Weise beschrieben, aber nach allen Beschreibungen befindet sich der davon Befallene in solcher Furcht vor Entdeckung, daß alle seine Glieder von einem unaufhörlichen Zittern befallen werden. Man kennt Beispiele, wo jemand eine fast vollendete „Arbeit" im Stich lassen mußte, weil ihn plötzlich dies Leiden überfiel. Wenn diese Anfälle regelmäßig kommen, wird der Befallene zu jeder Arbeit unfähig, und endigt sein Leben meistens in der tiefsten Klasse der Welt der Enterbten, als „Tomatenbüchsentramp". (Anmerkung der Übersetzerin: Der Autor erklärt an andrer Stelle, daß dies die verkommensten Tramps sind, die wenig betteln und sich ihr Essen aus Mülleimern und fortgeworfenen Konservenbüchsen zusammensuchen.)

Es ist interessant, wo Verbrecher die Grenzlinie zwischen Erfolg und Mißlingen ziehen. Im allgemeinen gilt ihnen ein Mann als ziemlich erfolgreich, wenn er zwischen zwei Strafzeiten 8—10 Monate „Ferien" bekommt, wie sie es nennen, und wenn er in

der Zeit so glücklich ist, ausreichende Raubzüge zu machen, die ihn für die beinahe unausbleibliche nachfolgende Strafe entschädigen können. Die Voraussetzung dabei ist natürlich, daß er, entweder in Schlemmereien oder in praktischeren Kapitalsanlagen auch den Genuß des Geldes gehabt hat, das sein Glück ihn gewinnen ließ. In der Regel geht das Geld für Schwelgereien drauf, und das recht schnell. Aber der Verbrecher hofft immer, alles durch einen großen Gewinn wieder einzubringen. Ist er ein Mann von gutem Verbrecherverstand, besonders aber von Erfahrung, so kann er sich häufig die acht Monate Ferien für eine Reihe von Jahren sichern. Aber je mehr Strafzeiten er durchmachen muß, desto rücksichtsloser und unbedachter wird er, und es gibt eine große Anzahl Verbrecher, die bald wissen, daß sechs Monat Freiheit das Äußerste sind, worauf sie rechnen können. Diese Zeit ist aber in der Regel nicht genügend um so viel zu erwerben, daß es als Entschädigung für die nachfolgende Gefängniszeit angesehen werden kann, und daher ist der Verbrecher gewöhnlich klug genug, das Geschäft aufzugeben. Er sagt dann seinen zäheren Brüdern Lebewohl und schließt sich der Trampklasse an, wo er von Genossen begrüßt wird, die sich ihr früher schon angeschlossen haben. Er wird ein Tramp, weil diese Laufbahn am meisten Ähnlichkeit mit der hat, in der er sich früher auszuzeichnen hoffte. Sie verschafft ihm nicht nur allerlei Zeitvertreib, sondern sie ermöglicht ihm, dem abgeschreckten Verbrecher, die ehemaligen Kameraden aus den höheren Kreisen des Verbrechertums im Auge zu behalten, und das ist ein nicht zu unterschätzender Vorzug.

Es ist üblich, die Verbrecher nach den von ihnen begangenen Verbrechen einzuteilen. Eine dieser Einteilungen beispielsweise billigt Mördern den geringsten Intellekt zu, Vagabunden, Straßenräubern und geschlechtlichen Verbrechern einen etwas höheren, während die Klasse der Betrüger, Taschendiebe und Einbrecher für die begabteste gilt. Ich halte das für eine richtige Einteilung, die meistens zutreffen wird, habe aber gefunden, daß Betrüger und Verbrecher gegen das Eigentum bei weitem die zahlreichste Klasse bilden. Ihr natürlicher Verstand erhebt sie entschieden über den Durchschnittsmenschen, und ich habe schlechterdings keine geistigen Mängel an ihnen entdecken können, bevor sie lange Gefängnisstrafen verbüßt hatten. Ich habe Leute kennen gelernt, die aus sehr tiefen sozialen Schichten stammten, die im Gefängnis mehr philosophische

und geschichtliche Werke gelesen hatten, als der gewöhnliche Student von sich rühmen kann, und die im stande waren, sich sehr vernünftig über diese Gegenstände zu unterhalten. Diese Leute hatten den Grund zu ihren Studien in Zwangserziehungs- und Besserungsanstalten gelegt, und es war ihnen gelungen, sie in den Bibliotheken der Strafanstalten fortzusetzen. Ich kannte einen Verbrecher, der sich im Gefängnis nur zu Geschäftszwecken über einen bestimmten Zweig der Chemie unterrichtete — er galt zu der Zeit für mehr oder weniger geisteskrank.

Gefängnisbeamte lassen sich oft von Verbrechern über das Maß ihrer Kenntnisse täuschen. In vielen Gefängnissen werden Fleiß und Fortschritte im Lernen ebenso belohnt, wie allgemeine gute Führung, und da der gewöhnliche Gefangene allen Grund hat, nach den Vorteilen zu streben, die dafür gewährt werden, so versucht er bald auf seine Art Fortschritte zu machen. Aber was ist seine Art? Sehr oft diese: wenn er zuerst ins Gefängnis kommt und von den Beamten über seine Fähigkeiten ausgefragt wird, behauptet er, nicht einmal das Alphabet zu kennen, und bekommt infolgedessen nur sehr leichte Aufgaben. Dadurch ist er in den Stand gesetzt, sehr rasche Fortschritte zu machen, und seine Lehrer rühmen ihre Lehr- und seine Lernbegabung. Er kommt rasch in eine höhere Klasse, und so weiter, bis er alle Vorteile genossen hat, die für Fleiß gewährt werden. Andre geben vor, unwissend zu sein, um unerfahren und simpel zu erscheinen und den Eindruck zu erwecken, daß sie nicht so schuldig sind, wie man zuerst annahm. In sehr vielen Fällen ist der Verbrecher etwas klüger als die Leute, die ihn examinieren, man kann daher die Statistik über seine Intelligenz nicht sehr hoch bewerten. Wenn der angehende Kriminologe eine Weile in einem Tramp-Unterschlupf belauschen könnte und wollte, was der Verbrecher selbst über die Art erzählt, wie man ihn examiniert, dann könnte er verschmitztere Methoden lernen, solche Untersuchungen zu führen.

Hierher gehört noch eine Thatsache: der Berufsverbrecher ist in seiner Klasse durchaus nicht so revolutionär, wie er erscheint, wenn er die oberen Klassen ausplündert. Zweifellos ist seine Haltung der Gesellschaft gegenüber respektlos und anarchistisch, und es ist ihm gewöhnlich sehr gleichgültig, was aus der Gesellschaft wird, wenn es ihm nur gelingt, sein Schäfchen ins Trockne zu bringen. Aber in seiner eignen Umgebung ist er einer der kon-

servativsten Menschen. Es gibt z. B. keine Klasse, wo hohes Alter und gereiftes Urteil geachteter sind; im allgemeinen sind die jungen Männer — also das radikale Element — auf den zweiten Platz angewiesen. Bei Zusammenkünften wird immer erwartet, daß sie sich den älteren Männern unterordnen, und nichts wird so streng beurteilt, als Unverschämtheit nach dieser Richtung. Ich glaube, daß dies ein Charakterzug des Verbrechers ist, der zu seinen Gunsten ins Gewicht fallen würde, wenn man ihn je für ein ehrliches Leben gewinnen könnte; in politischen Dingen würde er, wenn er nur seinen Anteil an den Gütern dieser Welt hätte, ausnahmslos auf der konservativen und nicht auf der radikalen Seite stehen.

Ich komme nun zu der Frage von der moralischen Verantwortlichkeit des Verbrechers. Kann man ihn für seine Übeltaten verantwortlich machen, oder ist er moral insane und unfähig, zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden? Der instinktive Verbrecher muß unverantwortlich sein, und sollte so behandelt werden, wie man Geisteskranke behandelt. Wie ich ihn kenne, kann er nicht für seine verbrecherischen Handlungen, es ist ihm angeboren, sie zu begehen, und die barmherzigste Behandlung, die man ihm angedeihen lassen kann, wäre, ihn dorthin zu bringen, wo er seine Angriffe gegen die Gesellschaft nicht fortsetzen kann, und wo er, wenn Heilung möglich ist, von dazu geeigneten Spezialisten geheilt werden könnte. Aber diese Verbrecher sind, wie ich im Eingang schon sagte, nicht die, welche im Freien am zahlreichsten gefunden werden. Da überwiegt der Berufsverbrecher, und diesen kann man, in der Regel, für seine Vergehen verantwortlich machen. Es ist oft gesagt worden, seine moralische Unzurechnungsfähigkeit würde schon dadurch bewiesen, daß er keine Reue über seine Taten empfindet, aber diese Ansicht beruht auf einer ungenügenden Kenntnis seines Lebens. Er hat zwei Moralsysteme, eines für seinen Beruf, eines für sein Privatleben. Das erste lautet so: Für die Gesellschaft ist der Streit mit mir zu Ende, wenn ich meine Strafe abgebüßt habe, — ich stelle mich natürlich auf denselben Standpunkt. Es ist einfach ein Handel: ich nehme der Gesellschaft etwas und gebe als Bezahlung dafür so viele Jahre meines Lebens. Wenn ich im Vorteil bin, um so besser für mich, wenn die Gesellschaft es ist, um so schlimmer für mich, dabei ist nichts zu wollen und nichts zu winseln. Solange wie er im Beruf bleibt, findet er es nur fair, für diesen einzutreten, und er meidet

und mißbilligt die Leute, die öffentlich dagegen reden. So verhält er sich gegen die Außenwelt. Er trägt eine eherne Stirn zur Schau, und „renommiert sich durch die Sache durch." Im Schatten seines Privatlebens aber ist er ein sehr andrer Mann, und da müssen wir seine Ethik studieren. Sein persönlicher Moralkodex wird den Vergleich mit dem jeder beliebigen andern Gesellschaftsklasse aushalten, und es wird keine Klasse geben, in der anständiges Handeln ernsthafter gepredigt und unanständiges strenger verurteilt werden wird. Der Durchschnittsverbrecher wird durch dick und dünn zu seinen Genossen stehen und nur den nicht tolerieren, der zum Verräter geworden ist. Ich habe nie etwas Ähnliches gesehen, wie die Reue eines solchen Verräters, wenn er von seinen früheren Gefährten entlarvt ist. Mein Schicksal führte mich vor einigen Jahren, während meines Tramplebens in ein Untersuchungsgefängnis, dessen einer Insasse ein Kronzeuge war. Er war aus dem Gefängnis entlassen worden, weil er versprochen hatte, gegen einen alten Mann auszusagen, der für den Hauptschuldigen bei dem fraglichen Verbrechen gehalten wurde, und er wohnte im Untersuchungsgefängnis bis zum Schluß der Verhandlungen. Zu seinem Unglück hatten ihn einige der Gefangenen früher gekannt, und sie behandelten ihn so, daß sein Leben unerträglich für ihn wurde und er ihm beinahe vor seiner Zeugenaussage ein Ende gemacht hätte. Nachts im Schlaf konnten wir ihn so stöhnen hören, als läge er auf der Folter, und bei Tage schlich er wie ein geprügelter Hund in den Gängen umher. Er legte im Verhör Zeugnis ab, und sollte dann entlassen werden, aber am nächsten Tage fand man daß er sich in seiner Zelle getötet hatte. Als die übrigen Gefangenen das hörten, ließ ihr Haß gegen ihn etwas nach, aber sie waren doch der Ansicht, daß Selbstmord die beste Lösung dieser Frage gewesen sei. Kriminologen pflegen das starke kameradschaftliche Gefühl des Verbrechers als Selbsterhaltungstrieb zu deuten, als die Furcht, daß, wenn sie nicht alle zusammen hängen, jeder allein gehangen werden wird. Sie behaupten, daß es dem Verbrecher sehr gleichgültig ist, was aus seinem Partner wird, so lange es ihm nur selbst glückt, und daß seine Freundschaft kein spontanes und echtes Gefühl ist. Dies entspricht nicht meinen persönlichen Erfahrungen: die mir bekannten Verbrecher konnten in keinem Fall wissen, ob ich mir erwiesene Freundlichkeiten erwidern würde, in den meisten Fällen hatten sie sogar allen

Grund, anzunehmen, daß es gar nicht in meiner Macht stand, ihnen die Dienste zu leisten, die sie brauchten. Dennoch bin ich immer von ihnen mit einer Selbstlosigkeit behandelt worden, die sogar ein Tolstoi bewundern würde. Bei ihren Zusammenkünften bin ich immer gastlich aufgenommen worden, und ich habe keinen Verbrecher gekannt, der mir nicht sein Geld oder seine Hilfe gegeben haben würde, wenn ich in der Lage gewesen wäre, das eine oder die andre zu brauchen. Diese Kameradschaftlichkeit zeigt sich in allen seinen Beziehungen zu Leuten, die im geringsten mit seinem Leben und seinem Beruf zusammenhängen, und es ist eine bekannte Tatsache, daß er sein letztes Stück Brot mit einem Gefährten teilen wird. Der Verbrecher bedauert es ebenso sehr wie jeder andre Mensch, wenn er einem seiner Gefährten eine Bitte abschlagen, oder unfreundlich gegen ihn sein muß, und ich bin nie von ihm angelogen oder betrogen, oder hinterrücks verspottet worden.

Es gibt auch einiges in seinem Verkehr mit der Außenwelt, was er in seinem innersten Herzen ebenso sehr bedauert und bereut, wie die Übeltaten in seiner eignen Welt. Er fühlt sich z. B. immer bedrückt, wenn er Geld von armen Leuten genommen hat. Es begegnet ihm gelegentlich bei seinen Raubzügen, daß er sich in dem Hause irrt, oder daß er sich falsche Vorstellungen von dem Reichtum seiner Opfer gemacht hat, und wenn er dann herausfindet, daß er einen armen Mann beraubt hat, oder einen, der den Verlust schwer verschmerzen kann, so schämt er sich, und hat keine Freude mehr an dem so gewonnenen Raube. Er steht der Geburt und der Empfindung nach den Armen zu nahe, um nicht über eine solche Handlungsweise Reue zu empfinden, und ich weiß von Fällen, in denen er Geld zurückgeschickt hat, wenn er erfahren hatte, daß der Beraubte es nötiger brauchte als er. Auch einen Totschlag bereut er viel mehr, als man gewöhnlich annimmt. Man ist gewohnt, sich den Verbrecher als einen Menschen vorzustellen, der keine Achtung vor dem Leben seiner Mitmenschen hat und es ihm ohne Gewissensbisse raubt, aber dies ist gar nicht die Regel. Der Berufsverbrecher tötet niemand, wenn er es vermeiden kann, und wenn er das nicht kann, so erwartet er, die Todesstrafe dafür zu erleiden. Er ist auch gewöhnlich davon überzeugt, daß auf Mord Todesstrafe folgen muß, und ich habe oft Verbrecher ihr Erstaunen darüber aussprechen hören, daß Mörder so leichte Strafen erhalten. Bei den Zusammenkünften der Verbrecher ist ein beliebtes Ge-

sprächsthema, ob Todesstrafe oder lebenslängliche Haft vorzuziehen sei. Die Majorität entschied gewöhnlich für lebenslängliche Haft selbst ohne Hoffnung auf Begnadigung, aber ich habe nie Murren gegen die Gerechtigkeit der Todesstrafe gehört. Gewiß bedauern auch die meisten Verbrecher, jemand in ihren Reihen zu finden, der aus einer bessern Klasse stammt. Sie sind ausnahmslos traurig darüber, daß er seine Kaste verloren hat, — welche auch immer die Umstände sein mögen, die ihn zu seinem Fall gebracht haben, und sind, wenn er Reue und Besserungsgelüste zeigt, viel eifriger, ihm wieder in ein ehrliches Leben zurückzuhelfen, als sie es für sich selbst sein würden.

Philanthropen könnten von dem Verbrecher viel Barmherzigkeit lernen. Seine Idee ist, daß es besser sei, jemand aus einer höheren Klasse vor dem Fall zu bewahren, als jemand aus einer tieferen Klasse in eine höhere zu versetzen — eine Philosophie, die ich durchaus billige.

Fast alle mir bekannten Verbrecher haben zu irgend einer Zeit ihres Lebens Bedauern darüber empfunden, daß die Umstände sie in eine Verbrecherlaufbahn gedrängt haben. Solche Reue mag nur sehr kurze Zeit dauern, und übertriebene Gleichgültigkeit mag darauf folgen, aber so lange sie dauert, ist sie wahr und aufrichtig. Jeder mir näher bekannte Verbrecher hat mir etwas Derartiges gebeichtet, und oft hat er mir auch ein zweites Geständnis gemacht: seine Trauer darüber, daß es nun zu spät sei, um ein andres Leben anzufangen.

Das — in flüchtig skizzierten Umrissen — sind die Eindrücke, die ich von dem Verbrecher im Freien gewonnen habe. Die Fehler, welche Kriminologen mit Bezug auf ihn machen, scheinen mir folgende zu sein: Sie haben sich den verhängnisvollen Einfluß nicht klar gemacht, welchen die Freiheitsberaubungen auf die Konstitution des Verbrechers ausüben. Sie haben sich von ihm über seinen Intellekt täuschen lassen, und sie haben sein moralisches Verhalten lediglich nach der Pose beurteilt, die er der Gesellschaft gegenüber annimmt, ohne die Moral, die er im Verkehr mit Seinesgleichen übt, zu beachten. Ich glaube, auch ihre Studien am Schädel des Verbrechers leiten sie auf einen falschen Weg: sie haben ihn auf alle möglichen Arten und mit immer wechselnden Resultaten untersucht, denn jede Untersuchung kommt zu einem andern Schluß. Die Kriminologie täte viel besser, das Milieu des Verbrechers zu

studieren, denn ehe das nicht gewissenhaft und gründlich geschehen ist, kann auch der Verbrecher nicht verstanden und wissenschaftlich behandelt werden.

So weit uns unsre gegenwärtige Kenntnis seiner Lage helfen kann, lehrt uns der Verbrecher selbst was mit ihm geschehen müßte. Ich habe von dem „abgeschreckten Verbrecher" gesprochen, von dem Mann, der die Verbrecherlaufbahn aufgegeben, weil er gefunden hat, daß sie die Arbeit nicht bezahlt. Beachten wir, daß die Bestrafung oder die Disziplin der Sühne ihn zu diesem Schluß gebracht hat! Hier haben wir gute Pönologie. Wenn ein Mann wissentlich und vorbedacht Unrecht tut, muß er diszipliniert werden bis er begriffen hat, daß die Gesellschaft solches Benehmen nicht duldet. Der abgeschreckte Verbrecher ist ein in dieser Weise belehrter Verbrecher. Jetzt, wo er ein Tramp geworden ist, muß dasselbe Prinzip wieder auf ihn angewendet werden, um ihn zu einem abgeschreckten Vagabunden zu machen — das ist die Behandlung, welche die Gesellschaft dem vorsätzlichen Gesetzesübertreter angedeihen lassen muß.

Wenn mein Studium des Verbrechers irgend ein brauchbares Resultat gezeitigt hat, so ist es die Überzeugung, daß er physisch, geistig und moralisch verantwortlich ist, und daß dieselbe Energie, mit der er sich aus seiner Armut herausgearbeitet hat, auch die Möglichkeit und das Versprechen eines besseren Lebens für ihn einschließt, wie unglücklich er auch immer in seiner Herkunft und Umgebung sein mag.

Und hoffnungsvoll sehen wir einem Tage entgegen, an dem auch seine Klasse regeneriert, an dem er zu besseren Dingen als zu Verbrechen geboren werden wird!

Nachtrag.

Josiah Flynt Willard ist ein amerikanischer Autor, welcher durch sein Leben und seine Bücher in seiner Heimat die Aufmerksamkeit weiterer Kreise auf sich gelenkt hat. Es ist bekannt, daß das Überhandnehmen der „Tramps" (unser Wort Vagabunden deckt sich nicht ganz damit) in Amerika zu einer schweren sozialen Gefahr geworden ist. Herr Willard beschloß, das Übel an der Quelle zu studieren, und hat zehn Jahre lang in Amerika als Tramp mit den Tramps gelebt, und auch gelegentlich mit deut-

ſchen, ruſſiſchen und engliſchen Vagabunden. Seit einiger Zeit widmet er ſeine Zeit und Kraft der Erforſchung der wirklichen Verbrecherwelt — in Amt und in Zivil — wenn man ſo ſagen darf, da die Korruption der Polizei- und Gefängnisbeamten in Amerika außerordentlich groß iſt und Herr Willard alle ſolche korrumpierten Beamten mit Recht zur Verbrecherwelt zählt und zum „Merkziel ſeiner Betrachtung“ macht.

Wir bringen hier den erſten Abſchnitt ſeines Buches über Trampleben — „Tramping with Tramps“ — welches auch für unſre Pönologen viele neue und intereſſante Geſichtspunkte enthalten wird. Herr Willard ſelbſt ſagt in der Vorrede zu dieſem Buch folgendes: „Während meiner Univerſitätsſtudien in Berlin ſah ich, daß einige meiner Kommilitonen in wiſſenſchaftlichen Laboratorien daran arbeiteten, die niedrigſten paraſitiſchen Lebeweſen zu entdecken, und daß ſie ihre Entdeckungen dann in Buchform als wertvolle Beiträge zur Wiſſenſchaft veröffentlichten. Indem ich das erzähle, was ich über menſchliche Paraſiten erfahren habe, ſcheint es mir, daß ich eine ähnliche Arbeit zu demſelben Zweck leiſte. Wiſſenſchaftlich kann meine Methode inſofern genannt werden, als ich meinen Gegenſtand auf ſeinem eignen Boden und unter den ihm eigentümlichen Bedingungen ſtudiert habe. Dies ſei meine Entſchuldigung — wenn es einer Entſchuldigung bedarf — für ein Buch, welches den Verſuch macht, eine Schilderung des Tramplebens zu geben, mit gelegentlichen Andeutungen von Urſachen und Vorſchlägen zu Abhilfen.“

7.

Die Versammlung des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten in Stuttgart.

Von Regierungsrat Dr. v. Engelberg, Mannheim.

Vom 1. bis 4. Juni d. Js. tagte in Stuttgart der Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten. Die Versammlung war seitens der Mitglieder ungemein zahlreich besucht und hatte sich einer weitgehenden Beachtung seitens der Regierungen der Bundesstaaten zu erfreuen. Die meisten der letztern hatten ihr Interesse an den Beschlüssen des Vereins durch Abordnung von Vertretern an den Tag gelegt. Das Reichsjustizamt hatte den Geh. Oberregierungsrat Dr. von Tischendorf entsandt, Baden den Herrn Ministerialrat Dr. Reichardt, Bayern die Ministerialräte Baumgärtl und Heinzelmann, Elsaß-Lothringen den Geh. Regierungsrat Freiherrn v. Liebenstein, Hessen den Generalstaatsanwalt Dr. Preetorius, die Fürstlich-Lippesche Regierung den Herrn Regierungsrat Böhmer, das Gr. Mecklenburgische Justizministerium den Ministerialrat Heuck, der Minister des Innern in Preußen den Geh. Oberregierungsrat Dr. Krohne, das Kgl. Sächsische Ministerium des Innern den Geh. Regierungsrat Dr. Gelbhaar, das Herzogl. Sächsische Staatsministerium in Gotha den Herrn Direktor Siefert, das Kgl. Württembergische Ministerium des Innern den Herrn Ministerialrat Dr. Köhler. Im Namen der Königlich Kroatisch-Slavonischen Landesregierung war Herr Direktor Dr. Ogorelica erschienen.

Die Versammlung hatte die Ehre, von Seiner Exzellenz dem Herrn Ministerpräsidenten und Staatsminister Dr. von Breitling, welcher sich um deren Zustandekommen und Verlauf in ungemein wohlwollender Weise bemüht hatte, begrüßt zu werden. Seine Exzellenz entbot den Teilnehmern der Versammlung zunächst aller-

gnädigsten Gruß und Willkomm Seiner Majestät des Königs von Württemberg. In einer tief angelegten Rede hob seine Exzellenz sodann die Verdienste des Vereins um die Ausbildung und Vereinheitlichung des Strafvollzugs in Deutschland hervor und betonte die hohe Bedeutung der gerade dieses Jahr auf der Tagesordnung stehenden Fragen. Nach weiterer Begrüßung durch die auf der Versammlung vertretenen Regierungen und nach Anhörung des Geschäftsberichts trat man sofort in die Beratung ein.

Groß war die Aufgabe und kühn das Ziel, welches sich der Verein gesteckt hatte. Aber voll Vertrauen sah der Ausschuß demselben entgegen, wußte er doch, daß die Beratungsgegenstände einerseits auf das gewissenhafteste vorbereitet waren, und lag doch anderseits die Leitung der Verhandlungen in der Hand des Geheimen Rats Professor Dr. Wach, zu dessen genialer, schon so oft erprobter siegreicher Führung man das volle Vertrauen haben konnte, daß sie auch die diesjährigen schwierigen Beratungen zu einem ehrenvollen und fördernden Ergebnis führen werde.

Die Diskussion über die erste Frage:

> „Hat sich die Altersgrenze, welche das Reichsstrafgesetzbuch für die Strafmündigkeit festsetzt, bewährt, oder empfiehlt sich bei einer Reform desselben ein Hinaufrücken derselben?"

ergab eine Übereinstimmung in der Richtung, daß der jetzige Strafprozeß in seiner Anwendung auf 12–14Jährige ungünstig wirkt; dagegen wurde darüber gestritten, ob nicht auch andre Wege als die Hinaufsetzung der Strafmündigkeitsgrenze zur Beseitigung der derzeitigen Mißstände führen können. Namentlich Geh. Rat Dr. v. Tischendorf bat in dieser Richtung wohl zu erwägen.

Dem Hinweis, daß Kinder nicht kriminell bestraft werden sollten, wurde die vollkommene Verderbtheit vieler jugendlicher Verbrecher entgegengehalten. Speziell von württembergischer Seite wurde betont, daß sich bei dem früheren landesgesetzlich auf das 10. Jahr festgesetzten Beginn der Strafmündigkeit keine Mißstände gezeigt hätten. Die Bedenken gegen die gerichtliche Bestrafung von Jugendlichen bis zu 14 Jahren überwogen jedoch, und man kann die Meinung der Versammlung wohl dahin zusammenfassen:

Für einen Teil der Jugendlichen unter 14 Jahren, namentlich für solche, gegen die die Gerichte z. Zt. mehrmonatliche oder mehrjährige Strafen aussprechen, erscheint an sich eine Zucht, wie sie in Gefängnissen geübt wird, angezeigt, aber der Schaden, der durch

gerichtliche Bestrafung und die Einsperrung von Kindern unter 14 Jahren in die Gefängnisse in den weitaus die Mehrzahl bildenden Fällen entsteht, ist viel verhängnisvoller für das Volkswohl, als der Wegfall der gerichtlichen Bestrafungen in jenen erstgenannten Fällen. Durch die Einsperrung jugendlicher schulpflichtiger Kinder in den Staatsgefängnissen wird diesen und deren Schulgenossen das Gefühl geraubt, daß eine gerichtliche Bestrafung und die Abbüßung einer Strafe im Gefängnis eine Schande sei und damit der Grund für die Unwirksamkeit der Strafen gelegt. Es ergibt sich hieraus für den Gesetzgeber die Verpflichtung, gegen Jugendliche im schulpflichtigen Alter andre Maßregeln als gerichtliche Bestrafung zu ergreifen. Man war der Ansicht, daß sich solche finden lassen, und daß man namentlich in der Zwangserziehung, in der Erweiterung der Haftbarkeit der Eltern für Delikte der Kinder, und in der zweckentsprechenden Ausgestaltung der Schulzucht genügende Mittel zur Verhütung, beziehungsweise Bestrafung von Delikten Jugendlicher unter 14 Jahren habe.

Darüber, daß eine Schutzbestimmung für die Übergangsjahre (vom 14.—18. Lebensjahr) beizubehalten sei, war man einig, und auch darüber, daß die Forderung des Reichs-Strafgesetzbuchs, nach der eine zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht festzustellen ist, sich nicht bewährt habe. Wenn der Richter den Begriff der Einsicht nicht übertrieben streng auffasse, müsse er fast in jedem Fall zur Verurteilung gelangen, denn der Begriff von Recht und Unrecht sei bei normalen Menschen in dem fraglichen Alter regelmäßig vorhanden. Die Versammlung sprach sich deshalb dafür aus, daß eine gewisse sittliche Reife gefordert werden solle, d. h. die Erkenntnis der Strafbarkeit und das Vermögen, die Tat als solche ihrem sittlichen Wert und Unwert nach zu beurteilen und die Folgen abzuwägen.

In diesem Sinn lautete die zum Beschluß erhobene These:

> „Der erste Teil dieser Frage: „Hat sich die Altersgrenze, welche das Reichs-Strafgesetzbuch für die Strafmündigkeit festsetzt, bewährt," ist zu verneinen.

Der zweite Teil:

> „Empfiehlt sich bei einer Reform desselben ein Hinaufrücken der Altersgrenze?"

ist zu bejahen mit der Modalität, daß die Altersgrenze auf das 14. Jahr festgesetzt werde, unter der Voraussetzung ausreichender

disziplinärer Maßregeln. In § 56 des R.St.G.B. ist das Kriterium der für die Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht zu ersetzen durch eine Fassung, welche als entscheidend die Reife der Persönlichkeit überhaupt betont."

Die zweite Frage lautet:

„Welches sind die Erfahrungen über die Wirkung der Einzelhaft auf den Gefangenen in gesundheitlicher wie sittlicher Beziehung?"

Zu dieser Frage hatte das Referat des Herrn Dr. Leppmann insofern eine erhöhte Bedeutung, als es dem genannten Herrn nicht möglich war, ein versprochenes Gutachten zu liefern und deshalb nur zwei Gutachten von Nichtmedizinern vorlagen. Als der Herr Referent sich unumschränkt für die These des Ausschusses, d. h. in einem für die Einzelhaft günstigen Sinn ausgesprochen hatte, überraschte es umsomehr, als zwei Ärzte: Geh. Medizinalrat Dr. Baer und Geh. Hofrat Dr. Gutsch sich nicht unbedingt mit den Thesen einverstanden erklärten. Die Besprechung ergab indes, daß prinzipielle Meinungsverschiedenheiten nur bezüglich der Jugendlichen von 12—14 Jahren bestanden, welche Geheimrat Baer der Einzelhaftüberhaupt nicht unterworfen wissen wollte. Im übrigen gelang es dem Berichterstatter, die Bedenken, die Herr Geh. Rat Dr. Baer zum Ausdruck gebracht hatte, zu zerstreuen. Letzterer hielt nämlich die These nur dann für annehmbar, wenn in derselben zum Ausdruck gebracht werde, „daß rationelle Durchführung der Einzelhaft und genügende Überwachung vorausgesetzt sei."

Nachdem aber Dr. Leppmann erklärt hatte, daß sich diese Forderungen mit der Ansicht des Ausschusses deckten, indem dieser unter Einzelhaft eben eine nach allen Anforderungen der Neuzeit durchgeführte und mit allen Kautelen versehene Einzelhaft verstehe, wurden die Thesen des Ausschusses wie folgt angenommen:

„Die Einzelhaft hat nach überaus reiflicher Erfahrung keine nachteiligen Einwirkungen auf die körperliche und geistige Gesundheit der Gefangenen. Sie ermöglicht die sittliche Beeinflussung der Gefangenen in hervorragender Weise.

Dabei wird vorausgesetzt, daß die Einzelhaft Strafvollzugsart bleibt, an gesetzliche Zeitdauer nicht gebunden, und bei Jugendlichen nicht ausgeschlossen sein soll."

Es folgte dann die Beratung über folgende Frage:

„Welche Gefangenen sind vom Standpunkte des Strafvollzugs und der Gefängnisverwaltung aus als „rückfällig" zu erachten?

Dürfen „rückfällig" Bestrafte durch Vorschrift der Hausordnung einer andern, strengeren Behandlung am Straforte unterworfen werden als die „nicht Rückfälligen", oder ist hierzu eine gesetzliche Vorschrift erforderlich, beziehungsweise zweckmäßig?

Ist es nicht dringend geboten, die „Rückfälligen" einer strengeren Behandlung zu unterwerfen, und in welchen Punkten hätte sich diese zu äußern?"

Nach einem lichtvollen Vortrag des Präsidenten des Kaiserlichen Rats in Straßburg, Freiherrn von der Goltz, wurden dessen Thesen, die sich der Ausschuß zu eigen gemacht hatte, mit geringen Abänderungsvorschlägen des Direktors Dr. Gennat von Hamburg, wie folgt, angenommen:

1. Als „vorbestraft" ist hausordnungsgemäß strenger zu behandeln, wer, sei es innerhalb oder außerhalb des Deutschen Reichs, eine Freiheitsstrafe (außer Festungshaft) von mindestens einem Jahr verbüßt oder Nachhaft erlitten hat oder statt einer Freiheitsstrafe aus dem Reichsgebiet verwiesen war, sodann, wer überhaupt drei Gefängnis- oder Haftstrafen auf Grund des § 361 Ziffer 3 bis 8 R.St.G.B. verbüßt hat, vorausgesetzt, daß im einen wie im andern Falle seit der begangenen neuen strafbaren Handlung und der verbüßten letzten Strafe, falls das bezügliche Urteil auf mindestens drei Monate Gefängnis oder auf Korrektionshaft von gleicher Dauer lautete oder im Falle des Erlasses dieser Strafen seit dem Ablauf der Straffrist ein Zeitraum von fünf Jahren noch nicht verflossen ist.
2. Vorbestrafte können durch Vorschriften der Hausordnung am Strafort einer strengeren Behandlung unterworfen werden, falls das Wesen der Strafart dadurch nicht geändert wird. Da das Reichs-Strafgesetzbuch über die individuelle Behandlung der Gefangenen keine Bestimmungen enthält, darin vielmehr der Strafvollzugsgewalt volle Freiheit läßt, ist die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung für die Anwendung strengerer Behandlung nicht vor-

handen. Es erscheint aber richtig, daß in einem zu erlassenden Strafvollzugsgesetz jener Grundsatz Ausdruck finde unter allgemeiner Bezeichnung der Punkte, in welchen die strengere Behandlung angewandt werden darf.

3. Es ist dringend geboten, die Vorbestraften strengerer Behandlung am Straforte zu unterwerfen. Diese hausordnungsmäßig strengere Behandlung hat sich auf bestimmte Punkte zu beschränken, um nicht der unerläßlichen Individualisierung des Strafvollzugs bei den einzelnen Gefangenen Hindernisse zu bereiten. Jene hat Ausdruck zu finden in der Entziehung oder der Beschränkung von Besuchen, in der Verkürzung der Arbeitsbelohnung und der Beschränkung der Verfügung über dieselbe, sowie in der Entziehung des Einkaufs von Lebens- und Genußmitteln.

Der zweite Verhandlungstag war vollständig der Frage gewidmet:

a) „Hat sich das jetzige Strafensystem auf Grund praktischer Erfahrungen von Strafvollzugsbeamten bewährt?"

b) Verneinendenfalls, welche Vorschläge für ein neues System können auf Grund solcher Erfahrungen aufgestellt werden?"

Der Ausschuß hatte zu a die These aufgestellt:

„Das Strafensystem hat sich nicht bewährt",

zu b dagegen von Thesen Abstand genommen. Er hielt die Aufstellung solcher zu dieser Frage für inopportun, da man die Debatte nicht fixieren wollte, sondern es als einen Hauptgewinn ansah, möglichst viele sachverständige Äußerungen zu hören, um auf einigen derselben eventuell Beschlüsse aufbauen zu können.

Die Verhandlungen leitete Herr Direktor Klein aus Tegel ein, der in einem sehr geschickten Vortrag die Ansichten der vorliegenden Gutachten wiedergab. Er hob hervor, daß der Ausschuß mit der Frage eine Erörterung über das herrschende System der Freiheitsstrafen bezweckt habe, während die Gutachten meist die Aufgabe viel weiter aufgefaßt hätten. Infolgedessen gingen die Gutachten auch weit auseinander. Allein auch in den lediglich die Freiheitsstrafen betreffenden Erörterungen und Forderungen sei keine Übereinstimmung. Regierungsrat Roßmy wolle Haft, Festung, Zuchthaus und Gefängnis beibehalten wissen und Abschaffung des Arbeitshauses als Nebenstrafe. v. Sichart wolle

unter Ausscheidung von Haft, Festungshaft und Arbeitshaus nur Gefängnis als Besserungsstrafe für Gelegenheitsverbrecher und Zuchthaus als Sicherungsstrafe für Gewohnheitsverbrecher. Erster Staatsanwalt Junghanns denke sich die Gefängnisstrafe bis zu 15 Jahren als Besserungs- und Abschreckungsmittel; daneben verlange er Zuchthaus und Arbeitshaus, letzteres für arbeitsfähige, aber arbeitsscheue Leute, neben allen Freiheitsstrafen. Endlich sei er für Beibehaltung der Festungshaft zur Bestrafung namentlich von Beleidigungen und Fahrlässigkeitsdelikten.

Die Debatte begann mit einem Antrag von Professor Finger, man solle angesichts der Allgemeinheit der Frage a zur Tagesordnung übergehen. Auch Staatsanwalt Benedix hielt die Verneinung der ersten Frage für unangebracht. Das System habe sich bewährt; die Mißerfolge lägen in den Strafmitteln. Ehe man hierin Besseres gefunden habe, könne man nicht die Frage a mit „nein" beantworten.

Die Versammlung beschloß gleichwohl die Frage zu beantworten, indem sie sich der Interpretation Wachs anschloß, daß die Verneinung der Frage lediglich zum Ausdruck bringe, das System des Strafgesetzes, namentlich das Freiheitsstrafensystem, sei verbesserungsbedürftig. In diesem Sinn wurde Frage a verneint. Hierauf begann eine Generaldebatte über Frage b, ob und welche Vorschläge auf Grund der vorliegenden Erfahrungen für ein neues System aufgestellt werden können.

Dieselbe verlief ungemein anregend und gab insbesondere dem Herrn Direktor Sichart, Regierungsrat Reich, Geh. Rat Gelbhaar, Präsident von der Goltz und Geh. Rat Krohne Gelegenheit, die Ansichten zu entwickeln, welche sie auf Grund ihrer Erfahrungen gewonnen hatten.

Das Ergebnis derselben läßt sich dahin zusammenfassen, daß die Versammlung zunächst die Untersuchung folgender Fragen für wünschenswert und deren Beantwortung auf Grund der bereits vorliegenden Erfahrungen für möglich hielt:

1. Soll im zukünftigen Strafgesetzbuch eine mit Arbeitszwang verbundene Freiheitsstrafe in zwei Unterarten (Zuchthaus und Gefängnis) differenziert werden?
   Bejahendenfalls wie?
2. Soll die Arbeitshausstrafe beibehalten werden, und wie ist dieselbe bejahendenfalls auszugestalten?

3. Soll neben den genannten Strafarten die einfache Freiheitsstrafe beibehalten werden?

Man trat deshalb in die Spezialdebatte über die erste Frage ein. In derselben wurde betont, daß es für die richtige Beurteilung der Delikte und zur Stärkung des sittlichen Bewußtseins im Volk unumgänglich notwendig sei, absolut ehrlos machende Strafen und nicht entehrende Strafen in strenger Scheidung zur Verfügung zu haben. Von dieser Überzeugung ausgehend, wurde folgender Antrag Wachs angenommen:

„Es ist eine Differenzierung der mit Arbeitszwang verbundenen Freiheitsstrafe unerläßlich in der Richtung, daß unter dem Namen Zuchthaus eine ipso iure mit Ehrverlust verbundene Freiheitsstrafe unterschieden wird von dem Gefängnis, welches ehrenmindernde Wirkung nicht hat und ihrer bürgerlichen Ehrenrechte verlustige Personen nicht trifft.

Diese Unterscheidung soll sich des Ferneren erstrecken auf den Strafvollzug, und zwar insbesondere in der Richtung, daß der Zuchthäusler unbedingtem Zwang zu den in der Anstalt eingeführten Arbeiten unterliegt und daß ihm keinerlei Vergünstigungen zu Teil werden, während der Gefangene verlangen darf, in Einzelhaft gehalten zu werden, seine eigne Kleidung zu tragen, sich selbst zu beköstigen und dem Arbeitszwang in freierer Weise unterworfen werden kann."

Zur zweiten Frage hatte Freiherr von der Goltz einen Antrag vorgelegt, dahingehend, daß die Verhängung von korrektioneller Nachhaft als Hauptstrafe beizubehalten sei, daß die Hauptstrafe durch den Richter auszusprechen und durch die Strafvollzugsgewalt zu vollstrecken sei und daß deren Dauer durch die dem Arbeitshaus vorgesetzte Aufsichtsbehörde verlängert werden könne.

In der lebhaften Debatte beantragte Geh. Rat Wach, zu betonen, daß der Vollzug durch die „staatliche" Strafvollzugsgewalt zu erfolgen und daß der Richter das Minimum der Dauer im Urteil auszusprechen habe.

Nachdem Professor Finger und Beling die Bedenken geltend gemacht hatten, die ihrer Ansicht nach gegen die Einführung der Arbeitshausstrafe als Hauptstrafe sprechen, und die in der Erwägung gipfelten, die Dauer der Arbeitshausstrafe müsse eine flüssige sein,

was nicht möglich sei, wenn man sie zur Hauptstrafe mache, nahm die Versammlung die von der Goltzschen Thesen in folgender Fassung an:

a) „Die Verhängung von korrektioneller Nachhaft ist im künftigen Strafgesetzbuch beizubehalten, und zwar als Hauptstrafe.

b) Diese Hauptstrafe ist durch den Richter ohne Bestimmung der Dauer in der Form der Verweisung in das Arbeitshaus auszusprechen und durch die staatliche Vollzugsgewalt zu vollstrecken.

c) Die Dauer bestimmt sich nach dem Ermessen der dem Arbeitshaus vorgesetzten Aufsichtsbehörde."

Bezüglich des letzten zur Beratung gestellten Punktes, ob die Beibehaltung einer custodia honesta erwünscht sei, betonte Geh. Rat Wach, daß diese Strafart wohl nicht zu entbehren sei, wie denn z. B. die derzeitige Schutzlosigkeit des verläumderisch Beleidigten zeige.

Nachdem noch Erster Staatsanwalt Junghanns sich in gleichem Sinn geäußert und die Ausdehnung dieser einfachen Freiheitsentziehung namentlich auch auf Fahrlässigkeitsdelikte befürwortet hatte, nahm die Versammlung folgenden, von Geh. Rat Wach formulierten Antrag an:

„Im Strafgesetzbuch hat eine einfache Freiheitsentziehung mit Überwachung der Beschäftigung und Lebensweise und unter Bestimmung eines weit über die „Haft" hinausgehenden Höchstbetrags Aufnahme zu finden."

Damit war das Arbeitspensum der Versammlung erschöpft.

Der letzte Tag der Zusammenkunft war einem Ausflug in die Strafanstalt Rottenburg und auf die Burg Hohenzollern gewidmet, welcher durch die Munifizenz der Königlichen Württembergischen Regierung den Teilnehmern der Versammlung geboten wurde.

8.

Literaturbericht.

Rechtsphilosophie.

Berichterstatter: Dr. Gustav Radbruch.

I. Rechtsphilosophie im eigentlichen Sinne.

a) Juristische Methodenlehre.

1. In den „Annalen für Naturphilosophie" Jahrg. I S. 414 ff. führt Alfred Bozi (Landrichter in Bielefeld) eine Reihe von Mißständen der heutigen Rechtsprechung darauf zurück, daß die Rechtswissenschaft, statt nach dem Vorbilde der Naturwissenschaft mit nur quantitativ von einander unterschiedenen Rechtsgebilden, mit qualitativ von einander unterschiedenen Begriffen arbeite.

2. In der „Deutschen Juristenzeitung" Jahrg. VII S. 313 ff. bekämpft Dr. Matthieu Schwann die von H. St. Chamberlain in seinen „Grundlagen des XIX. Jahrhunderts" entwickelte Ansicht, die Jurisprudenz sei nicht Wissenschaft, sondern nur Technik.

3. Ernst Zitelmann erörtert in seiner Bonner Rektoratsrede (Leipzig, Duncker & Humblot, 1903, 46 S. 8°) den Begriff der „Lücken im Recht". Man hat zwei Arten sogenannter Lücken zu unterscheiden. Von Lücken redet man einerseits dann, wenn das Gesetz für besondere Tatbestände eine besondere von der allgemeinen Regel abweichende rechtliche Behandlung nicht enthält. Da nun aber nach allgemeinen Grundsätzen mangels einer Ausnahmebestimmung der Regelsatz gilt, mangels irgendwelcher Bestimmung eine Rechtswirkung überhaupt nicht Platz greift, dem Richter also in unserm Fall ein die von der Regel abweichende Rechtswirkung oder jegliche Rechtswirkung verneinendes Urteil vom Gesetze bereitgestellt wird, kann hier von einer Lücke nur in dem Sinne die Rede sein, daß der Richter die nach dem Gesetz zu treffende Entscheidung beanstandet, und bedeutet die angebliche richterliche Lückenausfüllung in der Tat eine richterliche Rechtsänderung kraft gesetzlicher Vollmacht Wirkliche, nur durch den Richterspruch ausfüllbare Lücken liegen dagegen dort vor, wo der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung ge-

wisser Art eintrete, feststeht, innerhalb des Rahmens dieser nur generell bezeichneten rechtlichen Behandlung aber mehrere Behandlungsarten möglich sind, und das Gesetz nicht sagt, welche davon es will.

4. Rudolf Stammler führt in seiner „Lehre von dem richtigen Rechte" (Berlin, J. Guttentag, 1902, 647 S. 8°) die in dem Schlußabschnitt von „Wirtschaft und Recht" niedergelegten Gedanken genauer aus. Man hat zwei Arten der Rechtslehre zu unterscheiden: die technische und die theoretische. Die technische Rechtslehre ermittelt, was Rechtens ist, die theoretische, ob das, was Rechtens ist, auch Rechtens sein sollte, ob es richtiges Recht ist. Der Begriff des richtigen Rechts wird sodann in seinem Verhältnis zum gesetzten Recht, zur sittlichen Lehre, zum Naturrecht, zur Gnade und zur ungeprüften Rechtsauffassung untersucht. Zum gesetzten Recht, das seinem Wesen nach ein Zwangsversuch zum Richtigen ist, verhält das richtige Recht sich wie die Art zur Gattung. Sein Verhältnis zur sittlichen Lehre ist dies, daß das richtige Recht bestimmt, wie man sich äußerlich zu verhalten habe, die sittliche Lehre verlangt, daß man die Vorschrift des richtigen Rechts um ihrer selbst willen, aus Pflichtgefühl befolge; das richtige Recht gibt also der Sittlichkeit erst den Stoff zu ihrer Betätigung. Vom Naturrecht unterscheidet sich das richtige Recht dadurch, daß es weder unabhängig von aller Erfahrung durch die Vernunft geschaffen noch für alle Zeiten und Völker das gleiche sein noch unabhängig von staatlichen Anordnungen gelten will. Seine Stellung zur Gnade ist die, daß die Gnade, soweit sie nicht wegen Unsicherheit des gesetzten oder richtigen Rechts, sondern zur Berichtigung von gesetztem oder unrichtig gewordenem richtigen Rechte eintritt, Betätigung des richtigen Rechts bedeutet, und sich von seinen übrigen Betätigungen nur dadurch unterscheidet, daß sie nicht kraft rechtlicher, sondern kraft sittlicher Pflicht einzutreten hat. Denen endlich, die statt einer Methode des richtigen Rechts die ungeprüfte Rechtsauffassung in Gestalt des natürlichen Rechtsgefühls, des Rechtsempfindens der Volksseele, der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen, der Klassenmoral oder des freien richterlichen Ermessens einsetzen wollen, ist zu erwidern, daß der Begriff der Richtigkeit nicht durch einfache Bezugnahme auf irgendwelche konkrete Anwendung desselben ersetzt werden kann. — Im zweiten Buche stellt Stammler die Methode des richtigen Rechts dar. Richtiges Recht ist dem Zwecke des Rechts entsprechendes Recht. Zweck des Rechts kann nicht die Freiheit der Rechtsgenossen sein; dies widerstrebt seinem Begriffe als einer Zwangsregelung. Wenn man dem Recht als Zweck die Gleichheit der Rechtsgenossen zuschreibt, so sagt man damit nur, daß sie alle nach derselben, nicht aber nach welcher Methode sie zu behandeln seien. Das Glück der Rechtsgenossen endlich kann Ziel des Rechts deshalb nicht sein, weil auch für den Einzelnen die Beförderung seines persönlichen Wohlergehens nicht das oberste Gesetz ist. Das Recht strebt vielmehr dem sozialen

Ideal einer Gemeinſchaft frei wollender Menſchen zu. Aus dieſem ergeben ſich die Grundſätze des richtigen Rechts. Ziel des Rechts iſt eine Gemeinſchaft der Rechtsgenoſſen; jeder Rechtsgenoſſe muß alſo an den Segnungen der Rechtsordnung teilnehmen können und nicht durch das Beſtehen oder die Art der Ausführung fremder Rechte von ihnen ausgeſchloſſen werden: Grundſatz des Teilnehmens. Die Gemeinſchaft, welche Ziel der Rechtsordnung iſt, ſoll aber eine Gemeinſchaft frei wollender Menſchen ſein; die Rechtsgenoſſen ſollen alſo in ihrer Freiheit nur ſoweit beſchränkt werden, als der Begriff der Gemeinſchaft es verlangt, und dieſes mit dem Gedanken der Gemeinſchaft vereinbarte Maß der Freiheit, dieſe Freiheit, Richtiges zu wählen, hat jeder bei der Begründung und Ausführung von Verpflichtungen zu achten: Grundſatz des Achtens. Um dieſe Grundſätze im ſpeziellen Falle anwenden zu können, hat man die Streitteile in Gedanken in eine Sondergemeinſchaft zu bringen, in die jeder ſein umſtrittenes Wollen einzubringen hat. Dieſe Sondergemeinſchaft — von Stammler als Vorbild des richtigen Rechts bezeichnet — umfaßt die Beteiligten je nach der Nähe ihrer rechtlichen Verbundenheit mit dem andern Streitteil in konzentriſchen Kreiſen. Sie wird dann nach den Grundſätzen des Achtens und Teilnehmens auseinandergeſetzt, in dem Sinne, daß der eine oder der andre ſich irgendwie verhalten ſolle. Das vorgeſchriebene Verhalten kann ſein eine Leiſtung mit ſeiner Perſon, mit rechtlich ihm anvertrauten Perſonen oder mit ſeinem Vermögen (Typik der Leiſtungen). — Im dritten Buch behandelt Stammler ſodann die Praxis des richtigen Rechts, jedoch mit doppelter Beſchränkung: er ſchließt die Betätigung des richtigen Rechts in der Geſetzgebung aus und beſchränkt ſich auf ſeine Betätigung in der Rechtspflege, in den Fällen, in denen das geſetzte Recht auf Treu und Glauben, billiges Ermeſſen, gute Sitten uſw., d. i. richtiges Recht Bezug nimmt; er ſchließt weiter das Strafrecht aus und beſchränkt ſich auf das bürgerliche Recht. Gelegentlich (S. 139, 303) erfahren wir, daß Zweck der Strafe nicht Vergeltung, ſondern Berichtigung, Reparation des Rechtsbruches ſei. — In einem Schlußabſchnitt wird der Beruf des richtigen Rechts, ohne daß gegenüber „Wirtſchaft und Recht“ weſentlich neues ausgeführt wurde, dahin gekennzeichnet, daß es Bedingung für die Einheit jeder ſozialen Betrachtung, notwendige Unterlage für eine mögliche Zuſammenfaſſung der ſozialen Geſchichte überhaupt und ein Weg zur Verſchmelzung mit allen andern Strebungen ſonſtiger Grundrichtung, zu einer „Orthoſophie“ ſei. — Es iſt zweifellos ein Verdienſt Stammlers, das Problem einer wiſſenſchaftlichen Methode der Rechtspolitik überhaupt geſtellt zu haben. Zweifellos erſcheint auch, daß ſich in wiſſenſchaftlicher Methode feſtſtellen läßt, ob eine Maßnahme richtiges Mittel zu einem beſtimmten Zwecke ſei, und, daß die Richtigkeit eines Zwecks nur Glaubensſache ſein kann, macht der Methode des richtigen Rechts keine Schwierigkeiten: ſie braucht nur zu unterſuchen, ob eine Maßnahme dem tatſächlich vom Rechte

verfolgten Zwecke dient ohne Rücksicht darauf, ob dieser ein richtiger Zweck ist. Die Vorfrage, welches der tatsächliche Zielpunkt des Rechts sei, insbesondere ob er das soziale Ideal sei, wird noch weiterer Erörterung bedürfen, und ob im Falle ihrer Bejahung das „Abwägen der Einzelwünsche im Sinne der Gemeinschaft" die Namen einer exakten, zweifelsfreie Resultate liefernden, Methode verdiene, bleibt zweifelhaft.

5. In Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik prüft Dr. W. Ed. Biermann-Bonn Wundts Ansichten über die Logik der Sozialwissenschaften vom Standpunkte des sozialen Idealismus Stammlers aus.

6. Unter Stammlers Einfluß steht auch eine Festrede Theodor Niemeyers über „Recht und Sitte" (Kiel 1902, 16 S. 8°). Recht und Sitte sind begrifflich nicht unterscheidbar, insbesondere nicht mittels des Merkmals, das Geltung und Durchsetzung des Rechts auf Zwang, Geltung und Durchsetzung der Sitte auf freiwillige Unterwerfung beruhte. Auch praktisch kommen Recht und Sitte ungetrennt zur Anwendung, z. B. bei der Strafzumessung. Die Anwendung von Sittenvorschriften mit oder ohne ausdrückliche gesetzliche Vollmacht dient durch Ausfüllung von Gesetzeslücken der richterlichen Rechtsschöpfung. Ihre Methode, die zu der nur der Anwendung von Rechtsvorschriften dienenden, speziell juristischen Technik hinzutreten muß, ist die Politik des sozialen Ideals.

b) Juristische Prinzipienlehre.

a. Im allgemeinen.

7. In der Neuausgabe von Holtzendorffs Encyklopädie sind die einleitenden rechtsphilosophischen Abschnitte von Geyer und Merkel durch einen Abriß der „Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte" von Kohler ersetzt worden. Aufgabe der Rechtsphilosophie ist nach ihm die Erforschung der Bedeutung des Rechts im Weltganzen. Wie das Weltganze, so ist auch das Recht in steter Entwickelung, und Aufgabe der Rechtsphilosophie mithin, zu erforschen, wie sich die Entwickelung des Rechts zur Entwickelung des Alls verhalte. Der Begriff der Entwickelung besagt aber, daß das Zukünftige im Gegenwärtigen schon keimhaft vorhanden ist, und dies wird nur erklärlich durch den pantheistischen Gedanken, nach welchem das, was sich in Zeit und Raum entwickelt, bereits in einer Gottheit jenseits von Zeit und Raum gesetzt ist. Aufgabe der Rechtsphilosophie ist es also, in der Entwickelung des Rechts die Strebungen des Weltgeistes zu erkennen. Diese aber sind, so findet Kohler am Schlusse seiner Universalrechtsgeschichte, nicht auf persönliches Glück, sondern auf Erhöhung der Kultur gerichtet. — Durch die beiden Grundsäulen der Kohlerschen Rechtsmetaphysik: Entwickelungsgedanke und Pantheismus, wird seine Stellungnahme zu den bisherigen rechts-

Digitized by Google

philosophischen Erscheinungen bestimmt. Der Entwickelungsgedanke verbindet ihn mit Hegel, doch verwirft er auf Grund seines Pantheismus die Vermenschlichung des Weltwesens durch die Auffassung seiner Bewegung als einer dialektischen Gedankenentwickelung. Der Pantheismus verbindet ihn mit der Vedantaphilosophie, doch läßt er auf Grund des Gedankens der Entwickelung im Sinne der Kulturerhöhung ihren Pessimismus unbeachtet. Anderseits muß er bekämpfen sowohl die Ansicht, die unter Leugnung des Entwickelungsgedankens ein ewiges Naturrecht sucht, wie diejenige, welche unter Verkennung der auch die Rechtsgedanken unbewußt beherrschenden Zwecke des Allwesens den „Zweck im Recht" in den Zwecken des individuellen Egoismus oder des vereinbarten Egoismus mehrerer sucht: „Wir sind glücklicherweise über Ihering hinaus!"

8. Rechtsphilosophie in enger Verbindung mit Universalrechtsgeschichte liefert auch Fritz Berolzheimer, Rechtsphilosophische Studien (München, Beck, 1903, VI u. 167 S. 8°). Den Formalgrund des Rechts bildet nach ihm die Anerkennung. Durch die Anerkennung der hierzu Berufenen wird aus tatsächlicher Macht Rechtsmacht. (Bei der Entwickelung dieser Rechtsmacht- oder Anerkennungstheorie bleibt unbegreiflicherweise Bierling ganz unberücksichtigt.) — Den Materialgrund des Rechts bildet die Entgeltung. Sie bedeutet, daß jeglicher Rechtserwerb auf irgendwelche Leistungen zurückführt. Dadurch, daß sie nicht Entgeltung einer Leistung ist, scheidet sich die sittliche Pflicht von der Rechtspflicht. — Die Strafe ist ihrem Wesen nach entweder Friedlosigkeit oder Wiedereinkauf in den Rechtsfrieden. Die Todes- und die lebenslängliche oder langwierige Freiheitsstrafe ist abgeschwächte Friedlosigkeit, die Geldstrafe der moderne Wiedereinkauf in den Rechtsfrieden. Ihrem Grunde nach ist die Strafe Entgeltung. Daraus, daß das Verbrechen durch eine Minderung der Rechtsmacht entgolten wird, ist zu schließen, daß es selbst wesentlich Anmaßung von Rechtsmacht, Selbstüberhebung ist. — Der Strafprozeß ist nicht Rechtsstreit, sondern ein rechtsförmiger Verwaltungsakt. — Die Gedanken des Verf. sind im wesentlichen bloße Aperçus geblieben.

β. Strafrechtliche Prinzipienlehre im besondern.

9. Joseph Heimberger behandelt in seiner Bonner Antrittsvorlesung (Leipzig, A. Deichert, 1903, 35 S. 8°) den Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht. Gerechte Vergeltung ist unmöglich, da ein gemeinsamer Wertmesser für Verbrechen und Strafe fehlt, da bei äußerlich gleichen Tatbeständen die Größe der Verschuldung unbestimmbar verschieden sein kann und da die äußerlich gleich bemessene Strafe unfeststellbar verschieden auf die von ihr Betroffenen wirkt. Es kann aber auch Vergeltung die Aufgabe des Staates überhaupt nicht sein, denn die Vergeltung ist, wie man sie auch wenden mag, nichts als Rache. Die Strafe dient nicht der Vergeltung, sondern

der Erhaltung der Gesellschaft, und, soweit sie dafür notwendig ist, ist sie zugleich auch gerecht. Sie ist nicht notwendig, weil sie gerecht, sondern gerecht, weil sie notwendig ist.

10. Josef Popper (Lynkeus), der Verfasser der „Phantasien eines Realisten", erörtert in seinen sozial-philosophischen Betrachtungen „Das Recht zu leben und die Pflicht zu sterben" (1. Aufl. 1878, 3. Aufl. 1903, Leipzig, Reißner, VIII u. 245 S. 8°) auch die Grundfragen des Strafrechts. Er verwirft den Vergeltungsgedanken mangels jeglichen gemeinsamen Wertmessers von Verbrechen und Strafe, den Besserungszweck mangels erziehlicher Wirkung kurzzeitiger Freiheitsstrafen und den Abschreckungszweck deshalb, weil der Verbrecher sich die Schwere einer angedrohten Strafe nicht zu lebendiger Vorstellung bringen, die Schwere einer erlittenen Strafe nicht in lebendiger Vorstellung erhalten kann. Er fordert Abschaffung der Strafen. Unser Trieb nach Strafe und Rache stehe ihr nicht entgegen: er bedeute nur Ärger über die Versäumnis der Notwehr, die Nichthinderung des eingetretenen Übels, beruhe also auf einem Irrtum in der Zeit, der überwunden werden könne. An die Stelle der Strafe sind Sicherungsmaßregeln zu setzen. Meist wird es genügen, den Verbrecher durch Veröffentlichung des richterlich festgestellten Tatbestandes und Publizität der Strafregister der moralischen Lynchjustiz der Gesellschaft auszuliefern. Ob weitere, in einem Gesetzbuch festzulegende, Sicherungsmaßregeln, wie Polizeiaufsicht, Isolierung von der menschlichen Gesellschaft, stattfinden sollen, entscheidet eine Jury, die nur in dieser, nicht auch in der Schuldfrage mitwirkt, nach freiem Ermessen. Sie erneuert bei dauernden Sicherungsmaßregeln ihre Entscheidung alljährlich.

11. Im „Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik", Bd. IX S. 23—85 handelt Bruno Stern „Über positivistische Begründung des philosophischen Strafrechts" auf Grund von Wilhelm Sterns „Kritischer Grundlegung der Ethik als positiver Wissenschaft". W. Stern führt die Sittlichkeit zurück auf die Wechselwirkung zwischen den beseelten Wesen und der unbeseelten Natur. Die unbeseelte Natur unterscheidet sich von der beseelten durch die Plötzlichkeit ihrer Angriffe und die Unmöglichkeit einer Gegenschädigung. Die Empfindung dieses Unterschiedes erzeugte in den beseelten Wesen ein Zusammengehörigkeitsgefühl und einen Trieb zur Abwehr schädlicher Eingriffe ins psychische Leben, der sich dann kraft einer naheliegenden Übertragung gegen die Eingriffe nicht allein der unbeseelten Natur, sondern auch der beseelten Wesen richtete. Die Ethik hat es also nur mit Abwehr, Repression solcher Eingriffe zu tun; die Prävention ist das Wesen der Kultur. Eine Art der antiethischen Handlung ist nun das (vernunftrechtliche) Verbrechen und wiederum eine Art des Verbrechens die (positivrechtliche) Gesetzwidrigkeit. Auch sie ist ihrem Wesen nach ein Eingriff in das psychische Leben und die Strafe die Repression eines solchen, welche drohenden Verbrechen

gegenüber den Zweck der Abwehr (durch General- und Spezial-Repression, nicht -Prävention), begangenen gegenüber den der Vergeltung verfolgt.

II. Philosophie als Hilfswissenschaft der Rechtswissenschaft.

a) Willensfreiheit.

12. In der „Deutschen Juristen-Zeitung" Jahrg. VII S. 408 ff. vertritt v. Bülow, wie bereits Z XVI 582, den Standpunkt, daß Strafrecht könne nur auf der Basis der Willensfreiheit bestehen, diese müsse als intelligible Freiheit gedacht werden.

13. Dieser Ansicht steht auch Kuno Fischer in seiner bereits Z IX 598 besprochenen, jetzt in 3. Auflage vorliegenden, Prorektoratsrede „Über die menschliche Freiheit" nahe.

Zwei weitere Vertreter der Willensfreiheit sind in ihren Anschauungen durch Lotze bestimmt.

14. Max Wentscher veröffentlicht den ersten Teil einer individualistischen und idealistischen Ethik (Leipzig, Joh. Ambr. Barth, 1902, XII u. 368 S. 8°), deren Grundgedanke der ist, daß unser Wollen, wo es sich zu vollendet freiem, d. h. unser wahres Selbst zum Ausdruck bringenden Wollen zu erheben vermag, als solches zugleich sittlich gut sei. In der hier interessierenden zweiten Hälfte des Buches bemüht sich der Verf. nun nachzuweisen, daß der Wille zugleich frei sein und unser wahres Selbst zum Ausdruck bringen könne. Er bekämpft nicht ohne Glück die üblichen Einwände gegen den Indeterminismus (Allgemeingültigkeit des Kausalgesetzes, Geschlossenheit der Naturkausalität, Ergebnisse der Moralstatistik, psychische Gesetzlichkeit, Allmacht und Allwissenheit Gottes), schneidet insbesondere jede weitere Diskussion über den Einwand, daß die Ursachlosigkeit des Wollens seine Unbegreiflichkeit bedeute, durch die Duplik ab, daß der Indeterminismus eben auf die Begreiflichkeit des Wollens verzichte. Wirkliche Schwierigkeiten erwachsen dem Indeterminismus aber auch erst dann, wenn es nicht die völlige Ursachlosigkeit des Willens behauptet (lib. arb. indiff.), sondern durch die Tatsachen genötigt wird, die Freiheit des Wollens mit einer gewissen Abhängigkeit vom Charakter in Einklang zu bringen, und dieser Schwierigkeit ist auch Wentscher nicht Herr geworden. Er führt zu ihrer Auflösung aus, man könne seinen empirischen Charakter nicht durch ein einmaligen freien Willensentschluß zu „wahrhaft eigenem Wesen", zur „ethischen Freiheit" umschaffen, nur durch beharrliche Wiederholung freier Willensentschlüsse gleicher Richtung (welche übrigens, wie der Verf. an andrer Stelle zugesteht, nicht selbst wiederum in der Macht des Willens steht, sondern auf Beanlagung zur Beharrlichkeit beruht) werden sie uns zur zweiten Natur. Damit ist aber nur begreiflich gemacht, daß der ganze Charakter sich nicht auf einen Schlag umgestalten lasse, darüber, wie die einzelnen Willensentschlüsse, durch deren stete Wiederholung er umgestaltet wird,

zugleich im Zusammenhang mit und frei von der bisherigen Charakterentwickelung gedacht werden können, erhalten wir keine Klarheit. Die tiefgehenden Ausführungen des Verfs. beweisen also von neuem, daß es zwischen Determinismus und lib. arb. indiff. ein Drittes nicht gibt.

15. In einer weiteren Schrift (Das Problem der Willensfreiheit bei Lotze, S.-A. aus: Philosophische Abhandlungen, Gedenkschr. f. R. Haym, Halle a. S., Niemeyer, 1902, 46 S. 8°) deutet der gleiche Verf. die fragmentarischen Ausführungen Lotzes, nach denen einerseits die Freiheit „in dem verrufenen Sinn einer völlig unbedingten Wahl zwischen a und non—a" gebilligt wird, anderseits die Willenstat „Tat des Ich", „gesammelte Rückwirkung unsrer ganzen Natur" sein soll, ganz im Sinn seiner soeben besprochenen Ansicht aus.

16. Eine „neue Antwort auf eine alte Frage" glaubt Adolf Bolliger (Die Willensfreiheit. Berlin, Reimer, 1903, VI und 125 S. 8°) zu geben. Nach deterministischer Ansicht wird die Entscheidung durch das im Motivenkampf obsiegende stärkste Motiv bestimmt. Die Stärke eines Motivs bestimmt sich nach der Größe der Lust, womit der vorgestellte Zweck meine Seele zu affizieren vermag. Entfernte Zwecke können aber nur wirken mit dem Gewicht der Freude, mit der sie gegenwärtig in Gestalt der Hoffnung meine Seele zu erwärmen vermögen, nicht aber mit dem Gewicht der Lust, die sie dermaleinst nach ihrer Verwirklichung gewähren mögen. Nun sehen wir aber, daß ein Motiv durch ein andres, das ihm zwar an zukünftigem Lustgehalt überlegen ist, an gegenwärtigem aber nachsteht, überwunden werden kann. Es kann also seine Überlegenheit nicht seinem Lustgehalt, sondern nur einem ursachlos hinzutretenden Plus an Stärke, d. h. dem freien Willen verdanken. — Der Determinist wird demgegenüber, wie Verf. voraussetzt, geltend machen, „daß das zukünftige Gut in Gestalt der Hoffnung als eine dem gegenwärtigen Schmerz überlegene gegenwärtige Lust in die Seele hineinstrahle". Der Verf. befindet sich also über den Tatbestand mit dem Determinismus im Einklang und weicht von ihm lediglich darin ab, daß er diesen Tatbestand für unerklärlich, der Determinismus aber für erklärlich hält. — In einer Einleitung weist der Verf. nach, daß Kant, soweit er sich auf dem Erfahrungsboden halte, dem Determinismus huldige, seine Lehre aber, soweit er von transcendenter Freiheit rede, widerspruchsvoll und mangelhaft sei.

17. Auf dem Boden des Neu-Thomismus steht ein weiterer Vertreter der Willensfreiheit, Anton Seitz (Willensfreiheit und moderner psychologischer Determinismus. Köln a. Rh., Bachem, o. J., 62 S. 8°). Er verteidigt einen „relativen Indeterminismus, den man ebensowohl relativen Determinismus nennen könnte" mit der bekannten Taktik, die sich dem lib. arb. indiff. gegenüber auf den Standpunkt des Determinismus, dem Determinismus gegenüber auf den Standpunkt des lib. arb. indiff. stellt. Den Wert seiner Ausführungen setzt

er in seine Auseinandersetzung mit der modernen Psychologie. In der richtigen Überzeugung, daß von einer Freiheit des Willens nur dann die Rede sein könne, wenn man ihn als ein selbständiges drittes Seelenvermögen neben Denken und Fühlen anerkenne, bekämpft er sowohl Herbart, der ihn als Resultante des Vorstellens, wie Wundt, der ihn als Resultante des Fühlens betrachtet. Gelegentlich streift er auch das Argument gegen den Determinismus, welches mir das allein stichhaltige zu sein scheint: „Entweder gibt das geeignetste Element der momentan vorhandenen Vorstellungsmasse sofort den Ausschlag, wie nach den Gesetzen der Dynamik von gleichzeitig nach verschiedenen Richtungen wirkenden Kräften die Richtung der stärksten die entscheidende ist und unverzüglich, wenn auch mit Modifikationen von seiten der andern Kräfte, eingeschlagen wird, — dem widerspricht aber die Tatsache der Überlegung — oder es greift ein über die Vorstellungsmassen und deren mechanische Kraftverhältnisse erhabener Faktor ein." Darauf läßt sich nur erwidern, daß aus den gleichen Prämissen das Eingreifen eines über die mechanischen Kraftverhältnisse erhabenen Faktors nicht nur in die Ereignisse des Seelenlebens, sondern auch in die Ereignisse der Körperwelt gefolgert werden muß; denn auch die Naturereignisse treten nicht unverzüglich ein, sobald ihre Bedingungen gegeben sind: wäre das der Fall, so könnte die Kausalkette der Weltentwicklung nicht in der Zeit verlaufen, sondern wäre das Ereignis eines Moments. Scheut man aber diese Konsequenz nicht, und gibt man nicht lieber die Prämisse auf, daß mit der Ursache auch sofort die Wirkung eintreten müsse, so ist die Position des Indeterminismus unangreifbar.

18. Auf indeterministischem Boden steht endlich auch ein recht verworrenes Buch von Julius Caldemeyer, Pfarrer emeritus in Heidelberg, „Versuch einer theoretischen und praktischen Erklärung der Willensfreiheit, gegründet auf physiologische Forschungen der gegenwärtigen Zeit." (Heidelberg, J. Hörning, 1903, 249 S. 8°.)

19. Die bekannten Gründe für den Determinismus und gegen den Indeterminismus faßt Dr. N. Kurt (Die Willensprobleme in systematischer Entwicklung und kritischer Beleuchtung. Weimar, R. Wagner, 1902, 75 S. 8°) klar zusammen. Die Verquickung des Determinismus mit einer bestimmten metaphysischen Anschauung, einem dualistischen Materialismus (S. 26), war freilich unnötig.

20. Für den Determinismus entscheidet sich gleichfalls v. Hippel in seinem Aufsatz über „Willensfreiheit und Strafrecht", Z XXIII 396—422.

21. Gegen v. Hippel wendet sich A. Thiesing in der „Nation", Bd. XX, Nr. 41. Der Determinismus sei zur Begründung der Vergeltungsstrafe ungeeignet. Das Strafrecht müsse jedoch von der Freiheitsfrage unabhängig gestellt werden. Sowohl auf deterministi-

scher wie auf indeterministischer Grundlage könne er aber nur bestehen, wenn man lediglich den Schutz der Gesellschaft als den Strafzweck betrachte.

22. 23. Zwei weitere Deterministen, Steinitz und Müffelmann, sind bereits Z XXIII 302—304 besprochen worden.

b) Wille.

24. Die für den Kriminalitzen interessanten Ausführungen über den Willen und über die Reue in dem Werke von Theodor Lipps „Vom Fühlen, Wollen und Denken" (Leipzig, Joh. Ambr. Barth, 1902, 196 S. 8°) können nur im Zusammenhange des ganzen Werkes voll gewürdigt werden.

25. Im „Gerichtssaal" Bd. 62, Heft 1 und 2, beantwortet Oberamtsrichter Huther die Frage: „Was versteht das allgemeine (vulgäre) Urteil unter dem Willen?" dahin, daß es nach vulgärer Ansicht das Bereitsein zu etwas Vorgestelltem, dessen Verwirklichung in der Macht des Subjekts liege, keineswegs aber eine Tätigkeit bedeute.

Herr Oberrichter Dr. Pl. Meyer von Schauensee in Luzern hat uns folgende

Erklärung

zugesendet:

Die in Ihrer Zeitschrift (XXIII. Band S. 932) in den von Hrn. Professor v. Lilienthal redigierten Bibliographischen Notizen enthaltene Besprechung meiner Schrift:

„Die Strafrechtsreform in Deutschland und der Schweiz." „Gedanken und Erfahrungen." (Berlin 1903, Puttkammer & Mühlbrecht),

kann ich nicht stillschweigend hinnehmen. Ich muß dagegen protestieren, daß ich durch meine Darstellung irgendwie eine Herabsetzung des schweizerischen Vorentwurfes und seines Verfassers bezweckt habe. — Nichts lag mir ferner, als diese mir von Hrn. v. Lilienthal imputierte Absicht. Meine Arbeit soll vielmehr ein getreues Bild der Genesis des Vorentwurfes wenigstens ermöglichen und hauptsächlich auch zeigen, in welcher Weise das Problem des Strafrechts von den verschiedensten Richtungen aus traktiert wird. Einzig aus dem Grunde, um Vorkommnisse mehr persönlicher Natur nicht weiter zu perpetuieren, sie aber doch in ihrem historischen Relief zu belassen, habe ich die Publikation meiner Schrift noch vor Herausgabe des revidierten Vorentwurfes vorgenommen. — Überhaupt ist der Accent beim Titel meiner Schrift auf die Worte „Gedanken und Erfahrungen" zu legen, indem ich ja bloße Beiträge und Materialien zu einem Gesetzeswerk und nicht abgeschlossene wissenschaftliche Untersuchungen bieten wollte.

Luzern, den 15. September 1903.

Dr. Pl. Meyer von Schauensee.

Von Professor von Lilienthal, Heidelberg, ist folgende Antwort eingegangen:

Was der Herr Verfasser mit seinen Ausführungen „bezweckt" hat, weiß ich nicht. Ich habe auch nicht darüber, sondern über den tatsächlichen Inhalt seines Buches eine Meinung geäußert. Sie zu ändern, gibt vorstehende Erklärung keinen Anlaß.

Die Redaktion der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

9.

Bibliographiſche Notizen.

Redigiert von Dr. Otto Levis, Pforzheim.

Prof. Dr. Ernſt Schultze: Der Arzt als Sachverſtändiger und ſachverſtändiger Zeuge. (Sonderabdruck aus der Vierteljahrsſchrift für gerichtl. Med. u. öffentl. Sanitätsweſen. 3. Folge. XXV. Suppl.-Heft.)

Zwiſchen Medizinern und Juriſten beſteht nicht immer das Einvernehmen, das im Intereſſe der Sache erwünſcht wäre. Das Verhältnis wird ſicherlich gebeſſert werden, wenn beim Juriſten das Verſtändnis für die Anſchauungsweiſe des Arztes gehoben wird und wenn anderſeits der Mediziner lernt, ſich beſſer in den Gedankengang rechtswiſſenſchaftlicher Betrachtung zu verſetzen. Schon deshalb ſind Arbeiten zu begrüßen, welche, wie die oben angezeigte, die geiſtige Annäherung der beiden Berufsklaſſen zu fördern geeignet ſind. Der Verfaſſer ſucht den Unterſchied zwiſchen ſachverſtändigen Zeugen und Sachverſtändigen klarzulegen. Er ſchreibt als Arzt für Ärzte, tut dies aber mit ſo viel juriſtiſchem Wiſſen und ſo viel juriſtiſchem Denken, daß auch der Juriſt Urſache hat, ſich mit der Arbeit zu befaſſen. Die Frage, die behandelt wird, iſt ja trotz aller darauf verwandter ſchriftſtelleriſcher Mühe einer ſicheren Löſung weder durch die Literatur noch durch die Rechtſprechung entgegengeführt.

Mit Recht weiſt Schultze (S. 32—37) darauf hin, daß in der Praxis, ja ſelbſt in der Rechtſprechung des Reichsgerichts, keine ganz einheitliche Anſchauung zu Tage tritt. Einzelne der hier aufgedeckten äußeren Widerſprüche mögen zwar bei näherem Zuſehen verſchwinden; aber jedenfalls zeigen die mitgeteilten Entſcheidungen, ebenſo wie die perſönlichen Erlebniſſe, von welchen der Verfaſſer berichtet (S. 1—7), daß hier noch manche Unklarheit herrſcht. Die klar geſchriebene und verſtändnisvolle Arbeit iſt wohl geeignet, neue Anregung zu geben und damit zur Löſung der vorhandenen Schwierigkeiten mit beizutragen.

Der Verf. erkennt, daß die Grenze zwiſchen Sachverſtändigen und ſachverſtändigen Zeugen nur beſtimmt werden kann, wenn der Unterſchied von Zeugen und Sachverſtändigen im allgemeinen feſtgeſtellt iſt. Der erſte Teil der Abhandlung (S. 7—22) gilt dieſer Klarſtellung und gelangt zum Ergebnis: Der Zeuge führt dem Richter als etwas neues die Kenntnis eines konkreten Ereigniſſes als Unterſatz zu; der Sachverſtändige bietet dem Richter die Kenntnis einer generellen Regel auf dem Gebiete ſeiner Sachkunde als Oberſatz. Nicht als ob der Sachverſtändige dem Richter nicht auch konkrete Vorgänge mitteilen könnte; wo er dies aber tut, unterrichtet er nur über eine allgemeine Erfahrung in beſonderer Anwendung, und auf jene Erfahrung kommt es an. Der Zeuge dagegen verſchafft dem Richter die Kenntnis einzelner Vorfälle; natürlich verwertet er dabei ſeine abſtrakten Erfahrungen. Deshalb teilt er häufig genug, um nicht zu ſagen immer, zuſammen mit den Wahrnehmungen auch Urteile mit (S. 10 ff.). Nur ſolche Urteile will Schultze beim Zeugen nicht zulaſſen, zu deren Bildung es einer nicht bei jedem Durchſchnittsmenſchen vorauszuſetzenden Sachkunde bedarf (beſ. S. 43). Wahrnehmungen muß der Zeuge, auch wenn er ſie nur vermöge dieſer beſonderen Sachkunde machen konnte, dem Gerichte mitteilen; indem er dies tut, rückt er gerade in die Stellung des ſachverſtändigen Zeugen (S. 44). Aber ſobald er Auskunft über ſachmänniſche Schlüſſe gibt, die aus den Wahrnehmungen gezogen ſind, ſoll der Zeuge zum Sachverſtändigen werden.

Dieſer Auffaſſungsweiſe, welche allerdings manchen der vom Verfaſſer mitgeteilten Entſcheidungen anſcheinend zu Grunde liegt, wird man ſich nicht anſchließen können. Die Grenze zwiſchen dem Sachverſtändigen und dem ſachverſtändigen Zeugen muß notwendig zuſammenfallen mit der Grenze zwiſchen

dem Sachverständigen und dem Zeugen überhaupt. Ist doch der sachverständige Zeuge nur eine reine Unterart des Zeugen, so daß Schultze mit gutem Grunde empfehlen kann, man solle jede besondere Erwähnung des sachverständigen Zeugen im Gesetze unterlassen (S. 37/38). Deshalb muß die gegebene allgemeine Begriffsbestimmung des Zeugen, wenn anders sie zutreffend ist, allein genügen, um den Sachverständigen vom sachverständigen Zeugen zu scheiden. Die Einführung eines weiteren Unterscheidungsmerkmals, die Schultze vornimmt, muß also überflüssig sein. Der sachverständige Zeuge muß hiernach genügend bestimmt definiert sein, wenn man auch von ihm nur sagt, er werde deshalb als Beweismittel herangezogen oder benutzt, weil er über konkrete Ereignisse Aufschluß zu geben weiß, wogegen der Sachverständige dem Gerichte abstrakte Kenntnisse vermitteln soll. Danach liegt es im Pflichtenkreis des Zeugen, daß er alles berichtet, was geeignet ist, dem Richter den einzelnen Vorgang verständlich zu machen. Häufig kann der sachkundige Zeuge seine sachmännischen Beobachtungen nur dadurch erschöpfend wiedergeben, daß er sein zusammenfassendes Urteil gleichzeitig mitteilt. Denn gar zu oft kommen in diesem Urteile Wahrnehmungen und Empfindungen mit zum Ausdruck, welche auch bei der gewissenhaftesten Darlegung des Sachbefunds im einzelnen dem Richter in verständlicher Form nicht mitgeteilt werden können (zutreffend Schultze S. 27 f.) und welche doch erforderlich sind, um das Wahrnehmungsbild des Zeugen richtig und vollständig wiederzugeben. In solchen Fällen ist das sachkundige Urteil nicht fungibel. Deshalb muß das Gesetz dafür Sorge tragen, daß das Urteil dem Gerichte möglichst in allen Fällen zugänglich gemacht wird. Diese Anforderung bliebe unbefriedigt, wenn der Beobachter als Sachverständiger zu behandeln wäre, wie dies Schultze meint. Die Besonderheit der Vorschriften über den Sachverständigenbeweis gegenüber den Bestimmungen über den Zeugenbeweis beruhen ja größtenteils gerade darauf, daß der Gesetzgeber sich sagt: Bei dem jederzeit durch einen andern Fachmann ersetzbaren Sachverständigen sei ein geringerer Zwang am Platze als bei dem Zeugen, und den Parteien könne bei der Auswahl und Berufung des Sachverständigen ein größerer Einfluß eingeräumt werden (Schultze S. 18 ff.). Würden diese Bestimmungen also auf denjenigen angewendet, der konkrete sachverständige Urteile abzugeben hat, so würden sie häufig zur Anwendung kommen, obschon die Voraussetzung ihrer Heranziehung, die freie Ersetzbarkeit des Beweismittels nämlich, keineswegs gegeben ist.

Diese Überlegung drängt zu dem Ergebnis, daß beim sachverständigen Zeugen die Abgabe eines sachmännischen Urteils dann in den Kreis seiner Zeugenaussage fällt, wenn das Urteil mit der Beobachtung des Zeugen in einem notwendigen innern Zusammenhang steht. Nur solche sachkundige Ausführungen, welchen dieser innere Zusammenhang fehlt, machen den Zeugen gleichzeitig zum Gutachter und bedingen die Beachtung der Vorschriften über den Sachverständigenbeweis.

Ganz entsprechend werden auch Angaben des Gutachters, welche den Richter über einen einzelnen konkreten Vorgang aufklären, nur dann durch den Sachverständigeneid nicht mehr gedeckt, wenn ihnen der innere notwendige Zusammenhang mit dem Gutachten mangelt. Der Irrenarzt, welcher über den Geisteszustand eines in seiner Anstalt beobachteten Kranken sich äußert, darf daher Wahrnehmungen, welche er nicht auf Grund seiner Sachverständigenstellung machte, nicht verwerten, ohne vorher als Zeuge beeidigt und vernommen zu sein. In der Praxis freilich wird dies sehr oft übersehen. Häufig wird es zugelassen, daß der Arzt Beobachtungen mit heranzieht, die er bei zufälliger früherer Behandlung des Patienten gemacht hat, und trotzdem vernimmt man den Arzt nur als Sachverständigen. Zutreffend weist Schultze (S. 9 und 25) auf diese Erscheinung hin; es entgeht ihm aber auch nicht, daß das Verfahren der Gerichte fehlerhaft ist, ein Zeichen für die scharfe juristische Beobachtungsgabe, die dem Verfasser eignet.

Dies gute Verständnis für die rechtliche Betrachtungsweise zeigt sich, wie in den früheren gerichtlich-medizinischen Abhandlungen Schultzes, auch in der neusten, besprochenen Arbeit; gerade deshalb sei auf sie die Aufmerksamkeit auch der Juristen gelenkt.

10.

Einige Gloſſen zum „Programm zur Reform des Strafprozeſſes“.

Von Juſtizrat Eugen B. Auerbach in Berlin.

Das von der Reichsregierung aufgeſtellte Programm umfaßt unter den Buchſtaben A bis V die Punkte, über welche die Reichskommiſſion, in der ſich kein einziger Berliner Anwalt befindet, ſich äußern ſoll. Schriftliche Berichte ſoll dieſe Kommiſſion nicht erſtatten, ſondern es ſollen nur Protokolle geführt werden, welche vermutlich ſo ausſehen werden, wie die bekannten Strafprozeßprotokolle über die Hauptverhandlung:

> Sachverſtändiger oder Zeuge N. N. erſcheint, gibt Vornamen, Alter und Religion an und „wird zur Sache vernommen“.

Hiernach dürfte es Recht und Pflicht für uns Praktiker ſein, zu dieſem Gerippe nach Kräften Blut und Leben beizutragen. Eine vollſtändige Durcharbeitung des Programms durch einen Einzelnen überſteigt ſowohl deſſen Kräfte, als den Raum und Zweck dieſer Zeitſchrift. Der Unterzeichnete möchte daher nur folgende Vorſchläge machen und zwar nach der Reihenfolge des Programms:

Die Frage B lautet: Welche Maßnahmen ſind zu treffen, um einem Mißbrauch des Ablehnungsrechtes vorzubeugen?

Von einem Mißbrauch des Ablehnungsrechtes iſt eigentlich kaum etwas bekannt geworden; das Ablehnungsrecht iſt auch in der Strafprozeßordnung ganz außerordentlich beſchränkt und bedarf dringend nicht nur keiner Beſchränkung, ſondern einer Erweiterung. Das allererſte Erfordernis der Gerechtigkeit iſt doch, daß die Sache durchweg vor einem unbefangenen, weder von der

Unschuld des Angeklagten noch von dessen Schuld von vornherein überzeugten Richter verhandelt werde. In das Innere des Richters vermag niemand hineinzusehen, seine Befangenheit zeigt sich natürlich in den allerseltensten Fällen bereits vor der Verhandlung, sondern erst in ihrem Laufe.

Nach § 25 St.P.O. ist die Ablehnung aber nur zulässig, ehe noch die Verhandlung sachlich überhaupt begonnen hat, also nur zu einer Zeit, zu welcher es weder dem Staatsanwalt, noch dem Angeklagten möglich ist (von allerseltensten Ausnahmefällen abgesehen), die Befangenheit zu erkennen.

Ganz entgegengesetzt und in richtiger Würdigung dieses Umstandes geben die §§ 43 und 44 Abs. 4 Z.P.O. den Beteiligten das Recht der Ablehnung wegen Befangenheit auch noch später zu jeder Zeit, zu welcher sich die Befangenheit herausstellt.

Was aber im Zivilprozeß, bei dem es sich nur um Geld und Gut handelt, billig ist, das muß doch im Strafprozeß der Staatsanwaltschaft behufs Bestrafung der Verbrecher und dem Angeklagten behufs Nachweises seiner Unschuld billig sein.

Eine Übertragung dieser Vorschriften der Zivilprozeßordnung in die Strafprozeßordnung dürfte daher zu empfehlen sein.

Weit davon entfernt, unnötige und verschleppende Ablehnungen hervorzurufen, erscheint diese Änderung gerade geeignet, solche zu verhindern. Nach der jetzigen Sachlage werden notgedrungen Ablehnungsversuche oft ins Blaue hinein gemacht; es werden Verschiedenheiten der Politik, der Konfession und des Stammes als Gründe dafür angeführt, aus Furcht, das Ablehnungsrecht während der Verhandlung dann nicht mehr geltend machen zu können. Ist aber der Staatsanwalt und der Angeklagte sicher, diese etwa begründete Ablehnung nicht zu verlieren, auch wenn sich erst im Laufe der Verhandlung die Befangenheit herausstellt, dann wird davon kein unnötiger Gebrauch mehr gemacht werden, und jeder „Mißbrauch" verschwindet ganz von selbst.

Es könnte auch nichts schaden, wenn zum Entgelt dafür die Bestimmung aus der Strafprozeßordnung, daß dem zur Ablehnung Berechtigten auf Verlangen die bei der Entscheidung Mitwirkenden zu benennen sind, nun in die Zivilprozeßordnung aufgenommen wird.

Wie und wann übrigens der Staatsanwalt oder der Angeschuldigte es möglich machen soll, die Mitglieder der Beschluß-

kammer oder den Unterſuchungsrichter kennen zu lernen, um das Ablehnungsrecht dieſen gegenüber auszuüben, möchte unter allen Umſtänden recht ſchwer ſein.

Die Übertragung der Beſtimmungen der Z.P.O. §§ 43 und 44 in die Strafprozeßordnung dürfte auch ein nicht zu unterſchätzendes Erziehungsmittel für „temperamentvolle“ Richter ſein, welche es lieben, „Sentiments“, beſonders Geſchworenen gegenüber, zu äußern.

Ob etwa einem ſolchen abgelehnten Richter die Koſten der vereitelten Verhandlung aufzulegen wären, wie dies bei Schöffen (§ 55 des Gerichtsverfaſſungsgeſetzes), bei Geſchworenen (ebd., § 96) und bei Zeugen (§ 50 St.P.O.), Sachverſtändigen (§ 77) und Verteidigern (§ 145) ſtattfindet, würde noch zu prüfen ſein.

Die Beſtimmung des § 28 Abſ. 2:

> „Der Beſchluß, durch welchen ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgeſuch für unbegründet erklärt wird, kann nicht für ſich allein, ſondern nur mit dem Urteil angefochten werden.“

bedürfte dann allerdings auch einer Abänderung, beſonders im Intereſſe nachdrücklicher Strafverfolgung, da man ja ein freiſprechendes Urteil des Schwurgerichts überhaupt nicht anfechten darf.

C. II 3. Iſt der Voreid zu beſeitigen?

Zwiſchen „ja“ und „nein“ iſt hier kaum ein Unterſchied. Faſt ſämtliche Kulturſtaaten haben von jeher den Voreid gehabt; nur in Preußen und einigen ganz unbedeutenden deutſchen Kleinſtaaten hat früher einmal der Nacheid gegolten.

Gründe dafür, daß dieſe partikulariſtiſchen Vorſchriften nun plötzlich wieder eingeführt werden müſſen, gibt es eigentlich nicht; die in Wiſſenſchaft und Praxis vorgebrachten Darlegungen dafür und dawider halten ſich im großen und ganzen die Wage.

G. Verteidigung. Empfiehlt es ſich, die notwendige Verteidigung zu erweitern?

Hierauf dürfte es nur ein einfaches, unbedingtes und freudiges „Ja“ geben und zwar wegen folgender Fundamentalſätze:

a) Kein Schuldiger hat ein Recht darauf, frei auszugehen, aber auch:

b) kein Unſchuldiger das Recht darauf, ſich durch ſchlechte Verteidigung ins Zuchthaus zu bringen.

An Beidem hat der Staat, die Allgemeinheit, ein unbedingtes Interesse.

Ist für den Zweck zu a ein juristisch gebildeter und erfahrener Mann nötig, so ist er es auch für den Zweck zu b. Das erscheint als ein einfaches Erfordernis der Logik und Gerechtigkeit.

Zwar steht auf dem geduldigen Papier, daß die Staatsanwaltschaft auch die für die Unschuld sprechenden Momente zu ermitteln hat, aber der schon ohnehin manchem Kopfschütteln begegnende bekannte Ausspruch, „die Staatsanwaltschaft ist die unparteiischeste Behörde" ist von seinem Urheber selbst bis zum bloßen Schatten eingeschränkt durch den Zusatz „bis zum Erlaß des Anklagebeschlusses". Grundsätzlich hat also überall da, wo ein juristisch gebildeter Ankläger ist, auch ein juristisch gebildeter Verteidiger einzutreten.

Die Zivilprozeßordnung, welche überhaupt vielfach zur Analogie geeignet ist, trägt diesem Erfordernis auch Rechnung; da, wo Kläger keinen Anwalt zu haben braucht, braucht auch Beklagter keinen und umgekehrt.

Ein Mangel an Rechtsanwälten dürfte sich kaum herausstellen. Natürlich ist es unmöglich, diese Verteidigungslast nun den Anwälten auch noch ohne Entgelt aufzubürden, wie die sonstigen Armensachen; aber da die Kosten des Strafverfahrens doch ohnehin in der unendlich überwiegenden Anzahl der Fälle praktisch vom Staate getragen werden, hat auch hier der Staat die Kosten des Verteidigers zu übernehmen, so Recht als Pflicht wegen des öffentlichen Interesses an Herstellung der objektiven Wahrheit und seiner sittlichen Verpflichtung hierzu.

Da es im Staatsinteresse liegt, daß die Schuldigen verurteilt werden, hat der Staat die Staatsanwälte angestellt; ebenso aber liegt es im Staatsinteresse, daß kein Unschuldiger unter irgend welchen Voraussetzungen sich das Recht erwirbt, auf Staatskosten in Gefängnissen oder Zuchthäusern gefüttert zu werden.

Wenn man die Staatsanwaltschaft abschafft, und nur Richter fungieren läßt, dann bedarf es vielleicht auch keines Verteidigers [1]).

[1]) Hahn, Prot. S. 334 heißt es: „Die bloß mechanische und formelle Gleichstellung der Rechte des Angeklagten und des Staatsanwalts wird illusorisch in den allermeisten Fällen, wenn man dem Angeklagten nicht in jedem einzelnen Falle einen Verteidiger beiordnet und zwar auf Staatskosten."

Die Koſten können nicht in Betracht kommen gegenüber dem hohen ethiſchen Werte; bei der Beratung der Entwürfe hat dies auch der Vorſitzende, ſpätere preußiſche Finanzminiſter Miquel, ausdrücklich hervorgehoben[2]).

Die Rechte der Verteidigung ſind erheblich gegenüber dem jetzigen Rechte im Verfahren zu erweitern. Der pompöſe Satz:

„der Angeklagte kann ſich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen“

der die Vorſchriften des Geſetzes über Verteidigung einleitet, iſt im Vorverfahren faſt zur Unbrauchbarkeit beſchränkt. Das einzige Recht, welches der Verteidiger in dieſem Stadium hat, iſt das, die Protokolle über die Vernehmung des Beſchuldigten einzuſehen.

Das muß grundſätzlich geändert werden; die Befugnis zur Einſichtnahme der ganzen Akten iſt, abgeſehen von Fällen, in welchen dies aus aktenkundig zu machenden Umſtänden den Unterſuchungszweck vereiteln würde, zu geſtatten.

Ebenſo wie im Zivilverfahren, in dem es ſich doch nur um Geld und Gut, und nicht um Ehre, Freiheit und Leben handelt, müßte auch im Strafverfahren es den Beteiligten geſtattet ſein, Abſchriften aus den Akten zu verlangen.

Jetzt iſt nur dem Verteidiger (Anwalt) geſtattet, die Akten einzuſehen, und dieſer muß ſich dabei zur Abſchreibearbeit erniedrigen, zu welcher er als Menſchenmaterial doch wirklich zu koſtbar iſt. Noch dazu muß er jetzt dieſe Arbeit in den überfüllten, lärmenden Gerichtsſchreibereien vollziehen, wo er oft kaum einen Sitz finden kann und eine ſachgemäße Gedankenarbeit unmöglich iſt.

Die Überſendung der Akten nach Hauſe wird meiſt abgelehnt; es gibt dafür eine ſehr einfache Formel bei den Gerichten: entweder ſind nämlich die Akten „ſo umfangreich“, daß die Überſendung „nicht tunlich“, oder „ſo klein“, daß ihre Überſendung „nicht nötig“ erſcheint.

Daher müßte die Beſtimmung wegen Aktenüberſendung nach Hauſe zu einer zwingenden werden, von der nur unter Ausnahmeverhältniſſen abgewichen werden darf.

Die Verteidigung iſt, wenn nicht nach obigen Darlegungen zwingend für alle Fälle, dann doch wenigſtens für alle Perſonen vorzuſchreiben, die minderjährig ſind; die Strafmündigkeitsgrenze

[2]) Vgl. Hahn, Protokolle S. 624, 1269, 1271, 1280.

von 18 Jahren ist hierbei nicht maßgebend, denn mit dem Strafverfahren sind doch auch sehr wichtige zivilrechtliche Folgen (Kosten, Geldstrafen usw.) verbunden. Es erscheint nicht angängig, daß Menschen unter 21 Jahren, die im Zivilverfahren nicht über fünf Pfennige verfügen dürfen, nun hier betreffs ihrer Zivil- oder Strafverpflichtungen ohne den gesetzlichen Schutz gelassen werden.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß 18Jährige über materielle Strafvorschriften im Klaren sind oder sein sollen, so sind sie es doch nicht über die sehr verwickelten Formen des Strafprozesses, die weit schwieriger und deren Verletzung von niemals wieder gut zu machenden Folgen begleitet sind, als die des Zivilprozesses. Mit der Ansicht, als ob Geld und Gut wichtiger und mehr zu schützen wäre, als Ehre, Freiheit und Leben, die in den jetzt bestehenden Vorschriften ebenso wie im Strafensystem herrscht (man vergleiche z. B. die Vorschriften über Diebstahl, besonders im Rückfall, und Verleumdung, oder Körperverletzung, besonders auch im Rückfall) muß von Grund aus gebrochen werden.

Es macht einen geradezu niederdrückenden Eindruck, wenn man sieht, wie Kinder zwischen 12 und 16 Jahren, die sonst nicht über eines Pfennigs Wert verfügen dürfen, denen nicht einmal eine Zeugenladung mit Wirkung für den Geladenen behändigt werden kann, allein vor dem Strafgericht stehen müssen und dort frei über ihr Vermögen, ihre Ehre und Freiheit verfügen können.

Nur der früh verdorbene Bösewicht vermag sich zurecht zu finden, das unschuldige Kind aber ist der größten Gefahr ausgesetzt.

Sogar auf Rechtsmittel vermag ein solches Kind mit Wirkung im Strafverfahren zu verzichten; in Zivilsachen gilt sein Verzicht nicht.

Dies führt zu der Frage des Verzichts überhaupt.

Auch für Erwachsene ist eine Bestimmung nicht nur zu empfehlen, sondern sogar notwendig, daß ein Verzicht nicht sofort abgegeben werden darf. Man denke sich doch nur einen solchen durch die vorgängige vielfach Wochen und Monate lang dauernde Angst der Untersuchung niedergedrückten, durch eine aufregende, vielfach bis zur vollständigen Erschöpfung der geistigen und körperlichen Kräfte gehende anstrengende Verhandlung vollkommen entnervten Angeklagten! Ist ein solcher wirklich im stande, die Tragweite seiner Erklärung zu übersehen?

Erfahrungsgemäß wird ihm vom Gericht (das ja von ſeiner Schuld überzeugt iſt, ſonſt würde es ihn nicht verurteilt haben) vorgehalten, daß im Falle des Verzichts die Strafe von der Minute des Verzichts an gerechnet wird. Iſt eine ſolche Minuten- oder höchſtens Stunden-Erſparnis bei einer monatelangen oder jahrelangen Freiheitsſtrafe wirklich ſo erheblich, daß nun mit ſolcher Eile verfahren werden muß? Muß nicht vielmehr im Intereſſe der objektiven Gerechtigkeit eine Überlegungspauſe zwingend gewährt werden, gerade wie dem erſchöpften freien Arbeiter vom Geſetz eine Ruhepauſe aufgezwungen wird, in ſeinem und der Geſamtheit Intereſſe.

Die Erſparnis an Strafzeit kann doch gewährt werden, wenn eben die Strafe in den Fällen von der Verkündung an gerechnet wird, in welchen kein Rechtsmittel eingelegt wird.

Vielleicht iſt auch der Gedanke (ſchließlich ſind auch die Richter Menſchen) nicht völlig von der Hand zu weiſen, daß (unterhalb der Bewußtſeinsſchwelle) die Idee vorliegt, wie viel leichter und ſchneller ein ſchriftliches Erkenntnis abzufaſſen iſt, das wegen Verzichts auf Rechtsmittel unanfechtbar iſt, als dasjenige, welches der Überprüfung durch das Obergericht unterliegt.

Übrigens iſt auch der Staatsanwaltſchaft dieſe Überlegungsfriſt zu gewähren, damit ſie ihrer Pflicht ſowohl zu Gunſten als zu Ungunſten des Angeklagten, Rechtsmittel einzulegen, in Ruhe und nicht in der noch nachſchwingenden Erregung der Verhandlung nachkommen kann. Mindeſtens aber müßte doch die Vorſchrift getroffen werden, daß ebenſo wie ein Verzicht vor dem erkennenden Gericht ausgeſprochen werden kann, auch die Anmeldung (Einlegung) des Rechtsmittels in derſelben Weiſe wirkſam geſchehen dürfe.

Der unſchuldige Angeklagte (nicht der durch vielfache Vorſtrafen mit dem Gang des Verfahrens vertraute Verbrecher) der höchſtens mit Zivilprozeſſen zu tun gehabt hat, glaubt, daß ſeine Erklärung vor dem erkennenden Gericht „Ich lege Berufung ein“ dieſelbe Wirkung habe und ebenſo protokolliert werde, wie ſeine ſonſtigen Angaben, insbeſondere wie die „Ich verzichte auf Berufung“, täuſcht ſich aber darin zu ſeinem nicht wieder gut zu machenden Unglück. Beſonders verwirrend und ſchlimm iſt auch die täuſchend gleiche Benennung der Rechtsmittel für das Zivil- und Strafverfahren trotz vollſtändiger ſachlicher Verſchiedenheit.

Der Unschuldige, der höchstens in Zivilsachen Erfahrung hat, glaubt „Berufung" sei eben „Berufung". Er wartet, wie in Zivilsachen, auf die Zustellung des schriftlichen Urteils, um dann Berufung durch einen Anwalt einlegen zu können, aber statt dessen kommt der Schutzmann und holt ihn in das Gefängnis ab. Jeder Anwalt hat dies vielfach in seiner Praxis, besonders bei Leuten, die im Gefühl ihrer Unschuld sicher auf Freisprechung rechneten, erfahren. Die Fristen von regelmäßig nur einer Woche sind auch viel zu kurz. Es ist kein Grund, einzusehen, warum im Strafverfahren nun im Gegensatz zum Zivilverfahren trotz der viel wichtigeren Interessen, die bei ersterm auf dem Spiel stehen, eine so ungeheure Eile nötig oder gar ersprießlich ist. Sowohl Staatsanwalt wie Angeklagter werden dadurch auf das Schlimmste beschwert, letzterer allerdings viel schwerer. Auch in Haftsachen ist solche Eile nicht nötig; der verhaftete Unschuldige wird sich gewiß möglichst beeilen, und beim Nichtverhafteten ist doch keine Eile nötig.

Besonders schlimm sind die Siebentagefristen im Hinblick auf die Vorschriften der Anwaltsordnung, welche dem Anwalt gestatten, sich auch gerade sieben Tage lang von seinem Amtssitz zu entfernen, ohne einen Vertreter zu bestellen. Wenn während dieser Zeit nun gerade das Urteil zugestellt wird, dann ist der Angeklagte, der doch so schnell keinen andern Verteidiger finden kann, um wichtige und große Sachen durchzuarbeiten (die Akten müssen ja regelmäßig auf dem Gericht eingesehen werden), ohne jede Hilfe.

Allerdings steht dem Angeklagten ja auch die Rechtfertigung der Revision durch den Gerichtsschreiber offen; aber dieser Notbehelf ist nicht nur nicht nützlich, sondern sogar schädlich. Die wichtigsten, sogar unerläßlichen Eigenschaften und Befugnisse fehlen dem Gerichtsschreiber, der auch durchweg bei Beratung der Zivilprozeßordnung für juristisch disqualifiziert erachtet wurde. In den Motiven ist für die Rechtfertigung der Bestimmung, daß die Revision nur durch einen Rechtsgelehrten (Anwalt) erfolgen dürfte, darauf hingewiesen, daß es im Interesse des Angeklagten liege, weil es sich um Rechtsfragen handle.

Der Gerichtsschreiber ist aber kein Rechtsverständiger.

Er hat dazu gar keine Vorbildung, auch ist ihm nicht der moralische Mut zuzutrauen, um die Entscheidungen seines vorgesetzten Richters über Rechtsfragen als irrig auch nur zu behaupten, geschweige denn nachzuweisen. Er ist also in jeder Hinsicht dazu

vollkommen ungeeignet. Auch formell: Die Reviſion kann auf Verletzung des Verfahrens begründet werden, und zum Nachweiſe dieſer Verletzungen muß ſich der Angeklagte auf das Protokoll über die Hauptverhandlung beziehen. Dies Protokoll aber darf der Gerichtsſchreiber ja nicht einmal anſehen, auch der Angeklagte ſelbſt nicht, ſondern nur der Verteidiger. Und iſt es dem Gerichtsſchreiber, der vielleicht ſelbſt das Protokoll geführt, aber doch nicht auswendig gelernt hat, etwa zuzumuten, daß er ſich ſelbſt oder ſeinen Kollegen nun gar der Fälſchung des Protokolls bezichtigen und Beweiſe dafür beibringen ſoll?

Die Vorſchrift, daß der Gerichtsſchreiber die Reviſion rechtfertigen kann, muß alſo unbedingt geſtrichen werden; es iſt auch dem Reviſionsgericht nicht zuzumuten, ſich mit den „juriſtiſchen“ Ausführungen von „Gerichtsſchreibern“ zu befaſſen.

Die geſetzlichen Friſten ſind überhaupt viel zu kurz, beſonders im Vergleich zum ſo unendlich unwichtigeren Zivilverfahren. Nachdem zur Vorbereitung der Anklage Monate (oft ſogar Jahre) vergangen ſind, brauchen zwiſchen der Zuſtellung und dem Termin nur 7 Tage zu liegen. In dieſer Zeit ſoll alſo der (vielleicht gar verhaftete) Angeklagte, ohne die Akten zu kennen, folgendes machen:

a) einen Verteidiger gewinnen;
b) dieſer ſoll die Akten einſehen;
c) mit dem Angeklagten darüber ſprechen;
d) Zeugen oder Sachverſtändige ermitteln;
e) den Vorſchuß für dieſe beim Gerichtsſchreiber einzahlen;
f) die Beſcheinigung darüber zurückerhalten;
g) mit dieſer Beſcheinigung die Zeugen zum Termin laden.

Das iſt (man denke auch an die Urlaubsreiſen, die einem Anwalte ohne Vertreterbeſtellung auf 7 Tage geſtattet ſind) unmöglich, auch wenn ſämtliche Beteiligte nichts weiter als dieſe eine Angelegenheit zu erledigen hätten.

So kommt es, daß die Zeugen erſt im Verhandlungstermin benannt werden können, daß neue Termine zur Verhandlung nötig werden, daß die Unterſuchungshaft verlängert wird, daß größere für den Staat meiſt uneinbringliche Koſten durch die Vertagung der Hauptverhandlung entſtehen, kurz, daß allen Beteiligten unnötige und leicht vermeidbare Mühen und Koſten verurſacht werden.

Auch darin müßte Wandel geschaffen werden, daß dem Angeklagten die Anklage mit der anscheinend bei manchen Gerichten formularmäßigen Frist von nur drei Tagen zur Gegenerklärung übersandt werde; wenn solche Angeklagte nun gar im Gefängnis sitzen, dann ist es doch absolut unmöglich, diese Frist einzuhalten, umsomehr als vielfach die Gefängniseinrichtungen derart sind, daß Briefe erst am oder nach dem dritten Tage aus dem Gefängnis abgehen. Auch dies zeitigt dieselben üblen Folgen wie die gesetzliche Frist von nur 7 Tagen.

Die Staatsanwaltschaft ist fast in derselben peinlichen Lage, wenn der Dezernent verreist, krank, mit einer anderen dringenden Arbeit in Anspruch genommen ist, besonders bei Prozessen mit vielen Beteiligten oder sehr umfangreichem und schwierigem Inhalt.

In einer Beziehung bin ich aber unbedingt für eine Einschränkung der jetzt bestehenden Rechte des Angeklagten.

Niemals darf die größere Geldkraft eines Angeschuldigten dazu führen, daß er um dieser willen besser behandelt werde, als ein Armer, insbesondere nicht, daß er deshalb der Untersuchungshaft entgehe. Eine solche schädigt den armen Mann, der seine Familie durch seiner Hände oder seines Kopfes Arbeit erhalten muß, weit mehr als den reichen von seinen Zinsen lebenden, der sich auch bessere Haftbedingungen (Selbstbeköstigung usw.) beschaffen kann.

Außerdem ist diese auf solcher Grundlage ruhende Unterscheidung ein sozial besonders aufregendes Element, das doch besser vermieden wird. Allenfalls könnte eine Ausnahme für die Fälle gestattet sein, in welchen die Strafe nur auf Geld lauten kann; praktisch wird diese Ausnahme allerdings kaum Bedeutung haben, denn in so leichten Fällen wird Untersuchungshaft kaum verhängt.

J. a. Der Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens bedarf größerer Genauigkeit, sowohl im Interesse der Anklage als der Verteidigung. Die sogenannte Ratskammer (man denke an das bekannte sehr harte Urteil Gneists über sie) muß sich der außerordentlich großen Bedeutung, die dieser Beschluß nach jeder Seite hin hat, sehr ernsthaft bewußt sein; es besteht sonst die Gefahr einer bloß formellen Beschlußfassung, bei der sich die Ratskammer auf die Entscheidung der Hauptverhandlung allzusehr verläßt. Es ist doch auch die furchtbare seelische und körperliche wochenlange Qual und Schande zu erwägen, die den unschuldigen

Angeklagten durch unbegründete Verweisung zur öffentlichen Verhandlung trifft.

J. I. Bedarf das Vorverfahren insbesondere im Interesse des Beschuldigten einer Umgestaltung?

Ja! Die Unschuldsbeweise „müssen", nicht bloß „dürfen", im Vorverfahren unter allen Umständen erhoben werden. Dies ist ein einfaches Erfordernis des Zwecks der objektiven Wahrheitsermittelung. Dadurch werden unnötige Hauptverhandlungen mit ihren Kosten und Unannehmlichkeiten vermieden. Die §§ 164 und 188 sind dementsprechend also abzuändern.

I. c. Ist der Eröffnungsbeschluß einer Anfechtung durch den Angeklagten zu unterwerfen?

Ja! Dies ist ein einfaches Erfordernis der Gerechtigkeit, besonders nach den jetzigen Vorschriften, unter welchen die Rechte des Angeklagten nur mangelhaft im Vorverfahren wahrgenommen werden können. Warum soll der Nachweis der Unschuld schwerer gemacht werden als der der Schuld? Wenn die Garantien für das Vorverfahren ausreichend sind, dann ließe sich vielleicht über einen solchen Ausschluß des Angeklagten reden. Andernfalls müßte dem Staatsanwalt auch die Anfechtung dieses Beschlusses untersagt werden.

L. 1. Empfiehlt sich eine Ausdehnung des Versäumnisverfahrens?

Nein! Im Gegenteil eine Einschränkung.

Die Vorschriften dahin, daß beim Ausbleiben des Angeklagten sein Einspruch gegen den Strafbefehl und seine Berufung verworfen werden muß, widerspricht der Gerechtigkeit, sowohl der formellen als der materiellen.

Formell ist der Angeklagte hier viel schlechter gestellt als der Ankläger, denn wenn dieser ausbleibt, dann wird die Sache vertagt.

Materiell ist die Vorschrift ungerecht und in vielen Fällen geradezu ein unerträglicher Gewissenszwang für die Richter, wenn diese z. B. der Ansicht sind, daß überhaupt eine Straftat in den vorliegenden Umständen nicht zu finden ist oder wenn der wahre Täter anderweit ermittelt ist. Der Unschuldige hat auch keinen Anspruch darauf, durch sein Ausbleiben es zu erzwingen, daß er ins Gefängnis kommt, so wenig etwa wie derjenige, welcher sich

selbst fälschlich eines Verbrechens anklagt, um eine solche Unterkunft zu erlangen.

L. II. Sollen die Vorschriften über das Kreuzverhör geändert werden?

Ja! Da die Gestattung des Kreuzverhörs an den übereinstimmenden Antrag von Staatsanwalt und Verteidiger geknüpft ist, kommt das Kreuzverhör praktisch so gut wie nie vor.

Will man das Kreuzverhör aber überhaupt praktisch (nicht nur auf dem Papier) zulassen, so ist es grundsätzlich und zwar mit Vorzug vor dem Fragerecht des Vorsitzenden vorbehaltlich der nachträglichen Fragen des Vorsitzenden vorzuschreiben; es erleichtert dies auch dem Vorsitzenden die ihm vom Gesetz aufgebürdete geradezu übermenschliche Aufgabe: Der Vorsitzende kennt die Akten, er hat sich also, da er keine Maschine ist, doch bereits eine Ansicht über die Sache bilden müssen und es ist unmöglich, daß er nicht unwillkürlich, aber jedem Dritten erkennbar, bei seinen Fragestellungen von dieser seiner Überzeugung der Unschuld oder Schuld ausgeht. Absolute Objektivität ist eben keinem Menschen gegeben.

Diese Gefahr, daß also die (irrige) Ansicht des, noch dazu überstimmbaren, Vorsitzenden zum Nutzen oder Schaden der Angeklagten aber in jedem Falle zum Schaden der wirklichen Wahrheitsermittelung durchdringt, wird durch das Kreuzverhör vermieden. Einer besonderen Bestimmung dahin, daß es nicht stattfindet, wenn Verteidiger und Staatsanwalt übereinstimmend darauf verzichten, bedarf es nicht.

L. IV. Empfiehlt es sich, vorzuschreiben, daß die Urteilsgründe die nähere Darlegung zu enthalten haben, weshalb diejenigen Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, für erwiesen erachtet worden sind?

Ja!

Es wird dadurch die Verpflichtung dem Gericht dringend eingeprägt, nicht wie es sonst vielfach geschieht, eine Sachdarstellung zu geben und die tatsächlichen Feststellungen unter allgemeiner Bezugnahme auf die Beweise überhaupt zu geben, was vielfach eine nur nebelhafte und allgemeine Begründung ergibt.

Dadurch wird zum Schaden der objektiven Gerechtigkeit dem Staatsanwalt und dem Angeklagten jede Handhabe entzogen, um

durch Gegenbeweis den wahren Sachverhalt aufzuklären und es wird insbeſondere in den Fällen der Berufung große und unnötige Belaſtung des Obergerichts verurſacht; dieſes brauchte dann nicht alle Beweiſe, wie in der erſten Inſtanz, zu erheben, ſondern könnte ſich auf diejenigen Punkte beſchränken, welche zu Bemängelungen Anlaß geben. Ein gutes Nebenprodukt dürfte hier auch die Verhinderung oder mindeſtens die genaue Präziſierung von Wiederaufnahmegeſuchen ſein, wodurch ſehr viele unnötige Arbeit erſpart werden würde.

Dabei dürfte auch zu bemerken ſein, daß die ſchriftlichen Urteile in Strafſachen ebenſo wie in vielen doch unendlich unwichtigeren Verwaltungsſachen die genauen Angaben über die noch möglichen Rechtsmittel enthalten müſſen, beſonders im Intereſſe der unſchuldig Angeklagten.

L. V. Iſt gegen den die Förmlichkeiten der Hauptverhandlung betreffenden Inhalt des Protokolls der Nachweis der Unrichtigkeit zuzulaſſen?

Hier dürfte ſich ein Mittelweg empfehlen, nämlich die Vorſchrift, daß das Protokoll (ebenſo wie in Zivilſachen) mindeſtens inſoweit zu verleſen iſt, daß Bemängelungen ſofort zur Vermeidung der Abſchneidung vorzubringen ſind, daß gegen ein ſolches vorgeleſenes und genehmigtes Protokoll dann allerdings nur der Beweis der Fälſchung zugelaſſen wird.

O. Strafbefehl.

Es empfiehlt ſich die Ausdehnung des Verfahrens betreffend den Strafbefehl. Der Schuldige wird ſich dabei beruhigen und entgeht dem peinlichen und in dieſem Falle unnötigen Erſcheinen auf der Anklagebank in öffentlicher Sitzung, die manchmal ſeine ganze Exiſtenz untergräbt, und der Staat ſpart unnötige Koſten und Arbeit.

Dabei bedürfen aber die Vorſchriften über den Strafbefehl einer Umgeſtaltung; ſie ſind jetzt in ſich widerſpruchsvoll.

Nach § 440 wird dem Angeſchuldigten angedroht: „Der Strafbefehl wird vollſtreckbar, wenn nicht binnen einer Woche Einſpruch erhoben wird.“

Der einfache unſchuldige Mann, der nur Zivilſachen kennt, muß nach § 440 annehmen, es liege nur „Vollſtreckbarkeit“ vor, die er, wie in Zivilſachen, durch Einſpruch gegen den auch voll-

streckbaren Zahlungsbefehl (auch hier zeigen sich wieder die verwirrenden Folgen der gleichartigen Benennungen bei absoluter sachlicher Verschiedenheit) beseitigen könne, aber es lautet dann der dem Angeschuldigten aus unbekannten Gründen nicht mitgeteilte § 450 doch in unvereinbarem Gegensatz hierzu:

„Der Strafbefehl, gegen welchen nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, erlangt die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils."

Aber auch dieser Inhalt des § 450 ist zum Schaden des (unschuldigen) Angeklagten noch nicht einmal richtig: gegen ein „rechtskräftiges" Urteil findet ein Wiederaufnahmeverfahren statt, gegen einen solchen vollstreckbaren (rechtskräftigen?) Strafbefehl aber nicht.

Es bedürfen diese Vorschriften also unbedingt einer sachgemäßen Umgestaltung. Die nur 7tägige Frist zum Einspruch muß auch hier verlängert werden, denn so lange kann der Anwalt (vielleicht der einzige am Ort) ohne Bestellung eines Vertreters verreisen und auch der Angeschuldigte selbst kann verreist, krank oder sonst behindert sein.

S. V. Schwurgerichte.

An der guten alten bewährten Form der Schwurgerichte dürfte nicht zu rütteln sein; eher als eine Beschränkung ihrer Zuständigkeit dürfte sich eine Ausdehnung empfehlen.

Zweierlei Wünsche nur hätte ich in Bezug hierauf.

a) Den Geschworenen müßte ein Recht darauf eingeräumt werden, Beweiserhebungen zu erzwingen; es ist ein Widerspruch, daß dasjenige Organ, welches über die Kraft der Beweise allein zu urteilen befugt ist, nämlich die Geschworenenbank, betreffs der Punkte, über welche Beweis zu erheben ist, garnichts zu sagen hat; es entstehen dadurch Lücken, welche entweder unbegründete Freisprechungen oder unbegründete Verurteilungen herbeizuführen geeignet sind. Das ist hier auch nicht einmal in Wegen der Revision wieder gutzumachen, weil ja der Spruch der Geschworenen über diese Elemente ihres Urteils nichts enthält.

b) Das Resumé des Vorsitzenden wird allen Anfechtungen am besten entzogen, die es in der Wissenschaft (in der Praxis darf es ja nicht angefochten werden) erleidet, wenn man es überhaupt abschafft.

Diejenigen Geschworenen, welche nicht aus den Verhandlungen selbst zur Klarheit gekommen sind, werden auch durch dies Resumé

nicht zu einer ſachgemäßen Entſcheidung aus ſich kommen; auch iſt die Gefahr vorhanden, daß die Geſchworenen, indem ſie ſich auf deſſen Erſtattung verlaſſen, vorher nicht die entſprechende Aufmerkſamkeit auf die Verhandlung lenken.

Endlich iſt auch das Reſumé dann wohl ohne jede Bedeutung für die Geſchworenen, wenn der Vorſitzende vorher betreffs ſeiner Rechtsanſichten einmal oder gar wiederholt durch Gerichtsbeſchluß überſtimmt worden iſt.

U. Berufung.

Die Einrichtung der Berufung an ſich erſcheint, wenn das Verfahren gehörig zur Ermittelung der objektiven Wahrheit ausgebildet iſt, nicht erforderlich, ja ſogar für den Zweck des Strafverfahrens nicht unſchädlich; durch die Entſcheidung erſter Inſtanz wird unwillkürlich beim Obergericht, das ſich nochmals mit der Tatfrage zu beſchäftigen hat, ein Vorurteil entweder für Unſchuld oder für Schuld hervorgerufen.

Beſonders will es nicht einleuchten, daß, wie es jetzt der Fall iſt, für leichte Straffälle zwei Tatſachen-Inſtanzen eingerichtet, für ſchwere Fälle aber verſagt werden.

Bei dem jetzt vorhandenen ſo überaus verſchiedenen Bau der erſten Inſtanz (Gneiſt meinte, die Strafprozeßordnung ſei wie für drei verſchiedene Völker in dieſer Hinſicht eingerichtet) iſt es allerdings unmöglich, eine ſachgemäße zweite Inſtanz einzurichten.

Vielleicht dringt dieſer Aufſatz auch bis zur Staatskommiſſion und vielleicht finden dort dieſe im Intereſſe der objektiven Gerechtigkeit, nicht im Intereſſe der Staatsanwaltſchaft oder des Angeklagten angeſtellten Erwägungen einige Beachtung, um das Geſetz immer mehr ſeinem Zwecke

> durch die Formſchriften die Ermittelung der Wahrheit zu fördern, nicht zu hindern

zu nähern.

11.

Die Zuhälterei im deutschen Reichsstrafrecht.

Von Staatsanwalt Dr. R. Schmidt-Ernsthausen in Elberfeld.

Einleitung.

Der Entstehungsgang des Reichsgesetzes v. 25. Juni 1900. Statistisches.

Das Reichsgesetz vom 25. Juni 1900, betreffend Änderungen und Ergänzungen des Strafgesetzbuchs, ist in der am 30. Juni 1900 ausgegebenen Nr. 23 des Reichs-Gesetzblattes verkündigt worden und gemäß Art. 2 R.V. am 14. Juli 1900 in Kraft getreten. Es betrifft einen Teil der als „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit" zusammengefaßten strafbaren Handlungen, sowie diejenigen polizeilichen Freiheitsbeschränkungen, welche die Überweisung einer Prostituierten an die Landespolizeibehörde zur Folge hat. Seinen Inhalt bildet die Ersetzung der §§ 180, 181, 184, 362 durch abgeänderte Bestimmungen, sowie die Einstellung der §§ 181a, 184a und 184b in das Strafgesetzbuch.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes erstreckt sich, von den Vorarbeiten abgesehen, auf einen Zeitraum von mehr als acht Jahren. Sie knüpft an den vor einem Berliner Schwurgerichte verhandelten Mordprozeß gegen die Eheleute Heinze an, durch welchen schwere Mißstände auf dem Gebiete der Sittlichkeit bloßgelegt wurden.

Die in den beiden ersten Sessionen der 8. Legislaturperiode eingebrachten Regierungsvorlagen vom 29. Februar und 22. November 1892[1]) richteten sich in erster Linie gegen das Zuhältertum, dessen Gemeingefährlichkeit sich besonders auffällig gezeigt hatte, verlangten daneben eine verschärfte Strafsanktion des

[1]) Reichstagsdrucksachen v. 1890/92 Nr. 713, v. 1892/93 Nr. 11.

Kuppeleiverbots, von welchem die Vermietung von Wohnungen an kontrollierte Dirnen ausgenommen sein sollte, und sahen erweiterte Strafbestimmungen auf dem Gebiete der Pornographie, Verschärfungen des Strafvollzugs gegen besonders rohe und sittenlose Gefangene, sowie die fakultative Beschränkung der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen vor. Nur die zweite Vorlage gelangte zur Beratung und wurde nach eingehender Erörterung[2]) einer Kommission von 21 Mitgliedern überwiesen, welche am 22. März 1893 ihren Bericht fertigstellte[3]). Verschiedenartige Anträge, unter denen die Kunst- und Arbeitgeberparagraphen besonders bekannt geworden sind, hatten ihre Arbeit verzögert. Diese blieb aber in sofern nicht ohne praktische Folgen, als einige von der Kommission beschlossene Abänderungen der Regierungsvorlage in das Gesetz übergegangen sind. Hiervon seien zu § 180 die Zulassung mildernder Umstände, zu § 181a die Einfügung der Worte: „Unter Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs" angeführt. Kam nun auch ein Gesetz damals noch nicht zu stande, so hatten die Beratungen immerhin ein tiefgehendes Interesse an den erörterten Gegenständen erweckt. Zu praktischen Maßnahmen konnte sich dieses jedoch vorerst nicht verdichten, weil die Bekämpfung der gefährlichen Begleiterscheinungen der Prostitution, auf welche die Regierungsvorlage abzielte, sich mit der im Parlament vorgeschlagenen Neuregelung der Beziehungen zwischen Kunst und Sittlichkeit auf dem Boden des Strafrechts nicht zusammenbringen ließ.

Vier Jahre später brachten die Reichstagsabgeordneten Prinz von Arenberg und Genossen in zwei aufeinander folgenden Sessionen einen den Kommissionsbeschlüssen von 1893 sonst konformen, aber durch einige damals abgelehnte Bestimmungen[4]) erweiterten Gesetzentwurf ein[5]). Das Ergebnis der ersten Lesung[6]) war die Verweisung an eine Kommission von 14 Mitgliedern, deren Bericht vom 16. März 1898 datiert ist[7]). Die zweite Lesung fand

[2]) Erste Lesung v. 3. und 15. Dez. 1892.

[3]) Drucksachen v. 1892/93 Nr. 173.

[4]) Theaterparagraph, Bestrafung des außerehelichen Beischlafs von Geschlechtskranken.

[5]) Anträge v. 12. Januar und 2. Dezember 1897, Drucksachen 1895/97 Nr. 618, 1897/98 Nr. 35.

[6]) Vom 13. und 19. Januar 1898, V. Session 1897/98 Band I S. 397, 499.

[7]) Drucksachen 1897/98 Nr. 191.

am 26. April 1898 statt[8]), jedoch gelangte der Entwurf im Plenum nicht mehr zu einer abschließenden Beratung. Als bleibende Folgen dieses neuen Versuchs seien die dem § 181 angefügte Bestimmung über die Zulassung mildernder Umstände und die Einschaltung des Wortes Zuhälter im ersten Absatz des § 181a, durch welches auch im zweiten Absatz das gestrichene Wort Täter ersetzt wurde, erwähnt.

In der nächsten Session kehrte der Antrag wieder[9]). Außerdem brachte die Regierung eine neue Vorlage ein[10]), welche zunächst ebenfalls stecken blieb, am 22. Mai 1900 aber als Antrag der Abgeordneten Graf von Hompesch und Genossen[11]) ohne erhebliche Abänderungen dem Reichstag unterbreitet und von diesem angenommen wurde. Sie entspricht hinsichtlich der §§ 180, 181 und 181a den Kommissionsbeschlüssen aus dem Jahre 1898, hat einen später gestrichenen § 181b, betreffend die Vermietung von Wohnungen an Dirnen enthalten, und ist, abgesehen von sonstigen hier nicht interessierenden Bestimmungen, Gesetz geworden.

Die in allen Stadien der legislativen Beratung heftig geführten Kämpfe hatten, wie hervorgehoben werden mag, die Kuppelei- und Zuhälterparagraphen nicht zum Gegenstande. Die Meinungsverschiedenheiten, welche auch auf diesem Gebiete hervortraten, waren nicht tiefgehend, das Bestreben, dem Zuhälterunwesen energisch entgegen zu treten, galt allgemein.

* * *

Für die Notwendigkeit besonderer Bestimmungen gegen das Zuhältertum glauben wir eine Bestätigung in der Kriminalstatistik zu finden. Während in dem Jahrfünft 1882/86 jährlich im Durchschnitt 1586 und 1887/91 entsprechend 1881 Personen wegen Kuppelei bestraft wurden, begann im Jahre 1892, offenbar infolge des Heinzeschen Mordprozesses und der anschließenden Reichstagsverhandlungen ein verschärftes Vorgehen gegen die Kuppler. Die jährliche Durchschnittsziffer stieg in dem Zeitraum 1892/96 auf 2670, 1897/99 auf 2686 Verurteilte. Wie wenig aber die Zuhälter auf Grund der Bestimmungen über die Kuppelei zur Strafe gezogen werden konnten, dürfte die Tatsache ergeben,

[8]) Band III S. 1963 ff.
[9]) 10. Legislaturperiode, I. Session, Drucksachen 1898/99 Nr. 31.
[10]) Vom 3. Februar 1899 Nr. 112.
[11]) Drucksachen Nr. 834.

daß im Jahre 1899 von 2622 Verurteilten 1631 weiblichen Geschlechts waren, so daß die weibliche Bevölkerung hier mit 62 pCt. der Verurteilten, zu denen sie für alle Verbrechen und Vergehen gegen Reichsgesetze zusammengenommen nur 15 bis 16 pCt. stellt, partizipierte. Man darf annehmen, daß von den 991 wegen Kuppelei bestraften Männern ein Teil den Zuhältern zuzuweisen ist, und daß nach Einführung der gegen diese gerichteten Strafbestimmungen die Zahl der wegen Kuppelei verurteilten Personen etwas zurückgehen wird. Diesem Abgang auf dem Strafkonto der Kuppelei wird alsdann ein entsprechender Zugang auf demjenigen der Zuhälterei gegenüberstehen, welches jedoch außerdem und hauptsächlich durch Vergehen alimentiert werden wird, die auf Grund der älteren Gesetzgebung überhaupt nicht zur Strafe gezogen werden konnten. Aus letzterer Ursache dürfte der Abgang bei der Kuppelei, der zudem nur die männlichen Verurteilten betrifft, geringfügig sein. Die inzwischen veröffentlichte Statistik für das Jahr 1900 ergibt denn auch ein Zurückgehen der wegen Kuppelei bestraften Personen auf die Zahl 2614, während 69 Personen wegen Zuhälterei verurteilt worden sind. Ein deutliches Bild ist damit jedoch noch nicht gewonnen, weil die Zuhälterei erst seit dem 14. Juli 1900 strafbar ist. Beobachtungen in der Praxis lassen ein bedeutendes Anschwellen des Strafkonto der Zuhälterei für die beiden letzten Jahre erwarten, zumal da die Dirnen selbst häufig nach Lösung des Verhältnisses ihre Zuhälter zur Anzeige bringen. Von diesen waren im Jahre 1900 75 pCt. vorbestraft, und zwar hatten 23 pCt. mindestens sechs Vorstrafen erlitten, während sich unter den Kupplern 63 pCt. Vorbestrafte befanden.

I. Der Aufbau des Mischgesetzes und das Verhältnis der beiden Tatbestände zu einander.

Zum Schutze der Geschlechtsehre sind verschiedene Formen der Unzucht unter Strafe gestellt, denen wir — hier abgesehen von den Verletzungen der Familien- und Eheordnung — in §§ 174 bis 179 und 182 St.G.B. begegnen. Damit werden zunächst die dem geschützten Rechtsgut gefährlichsten Täterhandlungen getroffen. Wie aber ein jedes Verbot auch auf dem Gebiete der Beihilfe seine Wirkung äußern muß, so hat das Gesetz, wenigstens hinsichtlich der mit schwereren Strafen bedrohten Handlungen, die Bei-

hilfe generell für strafbar erklärt und dadurch ein Recht auf Strafe wider Alle geschaffen, welche dem Täter zur Begehung eines der in §§ 174 bis 179 und 182 unter Strafe gestellten Verbrechen oder Vergehen durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet haben.

Während nun die Unzucht selbst zunächst lediglich die Geschlechtsehre verletzt, bilden einzelne ihrer Begleiterscheinungen eine vielbeachtete Quelle gemeiner Gefahr, so zunächst die Kuppelei, welche das Umsichgreifen der Unzucht begünstigt, die Verführung nicht selten organisiert, die Umgehung hygienischer Maßregeln wie auch die Verheimlichung des lichtscheuen Treibens unterstützt, und den Untergrund für die auf den verschiedensten Verbrechensgebieten sich äußernde Kriminalität der Kuppler abgibt. Aus kriminal-politischen Gründen[12]) ist daher die Förderung fremder Unzucht unter gewissen Voraussetzungen zum selbständigen Verbrechen erhoben worden, ohne Rücksicht darauf, ob sie strafbarer oder straffoser Unzucht dient. Aber auch hier begegnen wir keinem einheitlich mit Strafe bedrohten Gattungsverbrechen; die Kuppelei an sich ist straflos, erst das Hinzutreten der in §§ 180, 181 St.G.B. aufgestellten Strafbarkeitsmerkmale begründet die Strafbarkeit.

Mit diesen Bestimmungen war jedoch dem Bedürfnis nach Unterdrückung solcher Derivate der Unzucht, welche ihre Quelle an Gemeinschädlichkeit übertreffen, nicht genügt. Man wurde auf eigentümliche, durch die gewerbsmäßige Unzucht gezeitigte Erscheinungen, insbesondere auf eine Menschenklasse aufmerksam, die, dem Müßiggang und den Ausschweifungen ergeben, sich vorwiegend des Gewinnes wegen zu Dirnen hält und sogar zumeist von deren Lohne lebt. Rüstige Männer in jungen Jahren empfangen hier den Keim zu einer Sinnesrichtung, die jegliches Gesetz mißachtet und zum Berufsverbrechertum hinleitet. Deshalb gelangte man dazu, eine vorher nicht berücksichtigte Norm anzuerkennen und durch Pönalisierung der Zuhälterei zu verwerten.

Nicht zum Schutze von Vermögensgütern der Dirne ist dieses Gesetz erlassen. Der Erwerb, den dasselbe als einen unsittlichen bezeichnet, der Sündenlohn, wie er auch genannt wird, hat als solcher auf Rechtsschutz keinen Anspruch; umsoweniger also ge-

---

[12]) Materialien zum St.G.B. für die Preuß. Staaten, Berlin 1852, zu § 180.

bührt ihm eine über die allgemeinen, dem Vermögensschutze dienenden Bestimmungen hinausreichende Sicherung, die schließlich der Prostitution zum Rückhalt gereichen würde. Überhaupt ist es nicht die Verletzung oder Gefährdung bestimmter Güterarten, auf welche das Verbot sich bezieht, sondern dasselbe richtet sich schlechthin gegen die zuhälterische Gemeinschaft, welche als Pflanzstätte des Verbrechertums die menschliche Gesellschaft in ihren ideellen und materiellen Gütern fortwährend bedroht. Daher gehört es auch nicht zu den Merkmalen des Delikts, daß eine Gefährdung von Rechtsgütern stattgefunden habe, denn die Möglichkeit der Gefährdung ist in der Zuhälterei an sich enthalten, und zwar in so hohem Grade, daß sie es rechtfertigt, dieses Verhältnis ohne weiteres zu verbieten.

Unter einem Zuhälter verstehen wir denjenigen, der sich zu Dirnen hält, mit ihnen als solchen Gemeinschaft pflegt — eine Gemeinschaft, die sich bisweilen, und besonders in den Anfangsstadien, nur auf den Verkehr, auf Ausschweifungen und Vergnügungen, zumal an den Sammelplätzen der Prostituierten erstreckt, häufig die Beteiligung des Zuhälters an den Errungenschaften des Dirnengewerbes sowie Gegenleistungen zur Förderung des letztern in sich begreift, stets von dem Einverständnis der Beteiligten über die Ausübung desselben getragen und an deren Fortdauer geknüpft ist und nicht selten bis zur Gemeinsamkeit des Haushalts, ja bis zur vollen Lebensgemeinschaft, der Zuhälterehe, gesteigert wird.

In dem zur Erörterung stehenden § 181a hat der Gesetzgeber an zwei verschiedene Tatbestände dieselbe Strafandrohung geknüpft, dergestalt, daß die Verwirklichung des einen oder des andern den Strafanspruch erzeugt. Diese Tatbestände basieren, wie wir sogleich nachzuweisen versuchen werden, auf verschiedenen Normen. Gleichwohl sind sie Spiegelungen eines höheren Gattungsbegriffs und einer so innigen Verbindung fähig, daß bei Verwirklichung beider Tatbestände Verbrechenseinheit bestehen kann.

Im **ersten Tatbestande** begegnen wir dem Zuhälter als einem Schmarotzer, der aus dem Gewerbe der Dirne seinen Lebensunterhalt zieht.

Die Frage, um welche Art von Delikt es sich hier handelt, ist nicht nur für die Untersuchung dieses Tatbestandes, sondern auch für die praktisch so überaus häufigen Fälle der Verbrechens-

konkurrenz, zumal für das Verhältnis zum zweiten Mischtatbestande von höchster Bedeutung, der, wie hier vorweg bemerkt werden mag, aus einem reinen Polizeidelikt geformt ist. Wir behandeln dies Problem an der Hand der Bindingschen Normentheorie, die zwischen Delikt und Verbrechen, Delikts- und Strafbarkeitsmerkmalen unterscheidet [13]).

Drei Möglichkeiten sind es, auf welche bei Beantwortung dieser Frage eingegangen werden muß. Erblickt man nämlich den deliktischen Kern in der zuhälterischen Gemeinschaft des Täters mit der Dirne, in den den Charakter eines Verhaltens tragenden Handlungen, welche seinen Willen, sich im Hinblick auf ihr unzüchtiges Gewerbe zu ihr zu halten, offenbaren, und den Fortbestand dieses Gewerbes als von ihm mitgewollt erscheinen lassen, so muß die Zuhälterei im ersten Mischtatbestande (ebenso wie dies beim zweiten der Fall ist) als reines Polizeidelikt angesprochen werden. Würde man dagegen den Nachdruck auf die Ausbeutung und das Beziehen des Lebensunterhaltes legen [14]), und hierin die deliktische Handlung finden, so würde man einem Vermögensdelikt gegenüberstehen. Wer endlich sowohl ein Polizeiunrecht, als auch eine Vermögensverletzung nicht nur in dem Vergehen, sondern auch in dem Delikt enthalten findet [15]), muß zur Annahme eines zusammengesetzten, nämlich eines Polizei- und Vermögensdelikts gelangen.

Zweifellos liegt ein Vergehen nur vor, wenn der Täter das Gewerbe der Dirne seinem Unterhaltsgewinn dienstbar macht, und ist das hiermit in Zusammenhang stehende, von der VIII. Kommission eingefügte Merkmal der Ausbeutung im Gesetze stark betont. Damit ist aber die Frage nicht entschieden, ob dieses ausbeuterische Sich-Anshalten-Lassen Delikts- oder nur Strafbarkeitsmerkmal ist.

Enthielte die Zuhälterei ein Vermögensdelikt, so läge dessen Schwerpunkt in der Vermögensumkehrung, seine Grundeigenschaft wäre die widerrechtliche Bereicherung, als Zweck des Gesetzes würde sich der Schutz der Dirnen gegen die selbstgewollte

---

[13]) Siehe bes. Normen I S. 194 ff., Handbuch I S. 155 ff, 499, 507 ff.

[14]) von Liszt, Lehrbuch S. 363, mit berechtigtem Tadel der gesetzlichen Formulierung, bes. hinsichtlich der Kommissionsfassung. Ein Ausbeutungsdelikt nimmt ferner an: Herr, Der Begriff des Zuhälters Z XXI 821.

[15]) Binding, Lehrbuch I S. 211, Schutz des Publikums und der Dirne selbst.

Entäußerung der Früchte ihres Unzuchtgewerbes, als Rechtfertigung die Abhängigkeit der Dirne von dem Empfänger der Zuwendungen darstellen[16]). Diese Auffassung befriedigt jedoch keineswegs. Wir haben bereits ausgeführt, daß der Erwerb, den das Gesetz selbst einen unsittlichen nennt, als solcher auf Rechtsschutz keinen Anspruch hat, und daß er noch weniger durch besondern Strafrechtsschutz gegenüber dem ehrlichen Erwerbe privilegiert werden kann. Ferner ist nicht ersichtlich, warum diese Schutzbestimmungen erst eintreten sollten, wenn der Täter es auf Gewinnung des Lebensunterhaltes abgesehen hat. Ebensowenig lassen die Stellung des § 181a im System des Strafgesetzbuchs und die Occasio legis auf ein Vermögensdelikt schließen.

Wenn es unter gewissen Umständen strafbar ist, Huren auszubeuten, so ist dieser Tatbestand des Strafgesetzes nur ein Ausschnitt aus einem viel weiter reichenden Verbot, welches ebensowenig an die Verletzung oder Gefährdung des Vermögens, wie an den Angriff gegen irgend ein andres Rechtsgut anknüpft, sondern, indem es das zuhälterische Verhältnis schlechthin untersagt, allen Gefahren, die möglicherweise aus einer Gemeinschaft solcher Art entstehen könnten, prävenieren will. Daher kann auch sein Kern nicht in der Ausbeutung, oder in deren Ziel, der Gewinnung des Lebensunterhaltes liegen, und daraus erklärt es sich auch, daß Minderjährigkeit, Unerfahrenheit und Leichtsinn der Ausgebeuteten nicht zu seinen Merkmalen zählen. Mit dem Kuppelei-verbot hat es den Polizeicharakter und die Beziehung zur Unzucht gemeinsam, es steht aber nur mit einer Art der Unzucht, nämlich der Hurerei, als seiner Wurzel in unmittelbarem Zusammenhang, und richtet sich gegen das Verhältnis des Zuhälters zu seiner Dirne. Das Zuhältertum als solches war, wie die Begründung des Gesetzes ausführt, zu verbieten, und der Zuhälter deshalb, weil er ein Zuhälter ist, unter Strafe zu stellen. Damit war das Delikt als reines Polizeidelikt gekennzeichnet[17]).

Der Richter aber bedarf bestimmterer Merkmale; ohne weiteres ließ sich der Deliktstatbestand nicht zum Verbrechenstatbestande erheben, da bei Beantwortung der Frage, ob sich der Täter zu einer

[16]) Betreffs der Ausbeutungsverbrechen siehe daselbst S. 445 ff.

[17]) Für die Annahme eines Polizeidelikts erklärt sich ebenfalls Schlecht, Lex Heinze, Gerichtssaal Band 60 S. 8.

Dirne im Hinblick auf ihr unzüchtiges Gewerbe gehalten hat, dem ſubjektiven Ermeſſen ein für die Praxis unerwünſcht weiter Spielraum offenſteht. Man ſuchte daher mit Recht nach einer Tatſache, die, wie die Motive ſagen, zur „Trägerin der Strafbarkeit“ gemacht werden konnte, nach einem Strafbarkeitsmerkmal alſo, das den ſtrafbaren Teil des Delikts von dem ſtrafloſen ſcheidet, und fand es darin, daß der Täter „gewohnheitsmäßig aus der Proſtitution ſeinen Erwerb ziehe“. Man war ſich hierbei durchaus des Umſtandes bewußt, daß es auch Zuhälter gibt, welche ſich von den Dirnen nicht aushalten laſſen, oder daß ſich wenigſtens in vielen Fällen derartiges nicht nachweiſen läßt. Mit Rückſicht hierauf ſchuf man den zweiten Miſchtatbeſtand, in welchem der Zuhälter nicht als Paraſit, ſondern als Beſchützer und Förderer der Hure auftritt, ein Beweis, daß die Ausbeutung der Dirne nicht den Kern des Delikts, ſondern lediglich ein Strafbarkeitsmerkmal des Vergehens bildet, denn auch der Beſchützer der Dirne wird im Geſetze als Zuhälter bezeichnet.

Der Deliktsbegriff der Zuhälterei wird alſo ſchon dadurch verwirklicht, daß ſich der Täter zu einer Hure hält und zwar im Hinblick darauf, daß ſie eine Hure iſt, ſowie im Einverſtändnis damit, daß ſie ihr Gewerbe weiterhin ausübt. Wie dieſe perſönliche Beziehung zum Ausdruck kommt, zunächſt im Verkehr, ſodann im Aushalten und im Gewähren von Schutz und Förderung, nicht ſelten in einer Haushaltsgemeinſchaft oder gar in einer Zuhälterehe, das iſt bereits erwähnt. Die Norm, welche die Zuhälterei in dieſem Sinne verbietet, ſetzt nach dem Geſagten nicht erſt bei der Ausbeutung, ſondern bereits bei der Herſtellung und Pflege des zu verhindernden Verhältniſſes ein. Wir bezeichnen ſie im folgenden kurz als das Zuhältereiverbot. Es ſei noch darauf hingewieſen, daß ſich dasſelbe keineswegs auf das mit der Dirne verkehrende Publikum bezieht. Dieſem ſteht der Zuhälter gerade gegenüber, weil er ſeine Intereſſen mit denen der Dirne als ſolcher verkettet, während Publikum und Dirne, wenigſtens in Anſehung des Entgelts, verſchiedene Intereſſen haben. Das Zuhältereiverbot bezieht ſich auch nicht auf die Mätreſſenwirtſchaft. Gewiß wird der Zuhälter die Dirne als ſeine Mätreſſe behandeln, aber zugleich läßt er ſie ſich mit ſeinem Willen dem Publikum um Lohn preisgeben.

In Verengerung des ihm durch die Norm dargebotenen Um-

fanges ist das Gesetz nur an Mannspersonen adressiert, nur auf vorsätzliches Handeln gemünzt, und mit einer Reihe von sonstigen Strafbarkeitsmerkmalen ausgestattet, die anderwärts teils Delikts- teils Strafbarkeitsmerkmale der Vermögensverbrechen bilden, und in ersterer Richtung zu der Verwechselung führen, daß es sich hier auch um Deliktsmerkmale und demnach um ein Vermögensdelikt handele. Zwar fehlt die äußerliche Trennung beider Arten von Merkmalen im Tatbestande des Gesetzes, aber gleichwohl enthält er das Erfordernis einer zuhälterischen Gemeinschaft in dem obigen Sinne, denn ohne eine solche ist die Abstellung der Lebenshaltung auf das Unzuchtgewerbe der Dirne, der Empfang nicht bloß von Unterhaltsmitteln, sondern von Unterhaltsbezügen abseiten der Mannsperson, welche den Erwerb aus einem Dirnengewerbe zum Gegenstand der Ausbeutung macht, und das korrespondierende Verhalten der Dirne nicht möglich. Nur insoweit das „Sich-zu-einer-Hure-halten" in den Merkmalen des Lebensunterhalts, des Beziehens und der Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs zum Ausdruck kommt, handelt es sich um Deliktsmerkmale, im übrigen aber um Strafbarkeitsmerkmale. In der letztern Eigenschaft betreffen sie die dem Vermögensgebiete angehörenden Folgen der zuhälterischen Gemeinschaft und deren Herbeiführung mittels Ausbeutung der Dirne. Diese zur Strafbarkeit erforderliche Handlung kennzeichnet sich als Betätigung des Willens, die zuhälterische Gemeinschaft zu pflegen, fällt also in den Rahmen der deliktischen Handlung. Wollte man dies aber auch leugnen, so wäre damit nichts geändert, da Strafbarkeitsmerkmale auch außerhalb der deliktischen Handlung liegen können.

Der **zweite Mischtatbestand** zeigt keineswegs analoge Erscheinungen. Solche würden vorhanden sein, wenn er gleichfalls auf dem Verbot, sich zu Dirnen zu halten, beruhte, und wenn diejenigen Merkmale, welche in diesem Tatbestande auf Förderung der Unzucht hinweisen, nur Strafbarkeitsmerkmale wären. Beides ist jedoch nicht der Fall.

Muß von dem Zuhälter im Sinne des ersten Tatbestandes behauptet werden, daß er, indem er seine Lebenshaltung von dem Gewerbe der Prostituierten abhängig macht, sich selbst mit diesem auf das Engste verknüpft und dadurch notwendigerweise das Verbot, sich zu Dirnen zu halten, übertritt, so ist im Gegensatz dazu in den Merkmalen des zweiten Mischtatbestandes eine solche

nahe Beziehung zwischen dem Täter und der Dirne nicht zum Ausdruck gebracht. Die im Gesetze gebrauchten Wendungen „Schutz gewährt oder sonst förderlich ist" sind zwar weit genug gefaßt, um ein ganzes Verhalten umspannen zu können, welches, auf einer Gemeinschaft des Täters mit der Dirne beruhend, sich aus wiederholten Einzelbetätigungen zusammensetzt, aber es genügt zur Verwirklichung des Tatbestandes schon die einmalige, aus Eigennutz vorgenommene Förderung der Ausübung des unzüchtigen Gewerbes. Eine derartige gelegentliche Handlung stempelt den Täter noch nicht zu einer Person, die sich zu Dirnen hält, denn von Zuhälterei kann nach unsrer Auffassung erst geredet werden, wenn ein auf eine gewisse Dauer angelegtes Verhältnis besteht oder wenigstens eingeleitet ist.

Wenn der höchste Gerichtshof (Entsch. Bd. 35 S. 59) auch für den zweiten Mischtatbestand eine persönliche Beziehung des Mannes zu der Dirne verlangt, aus der erkennbar wird, daß dieser im Hinblick auf ihr unzüchtiges Gewerbe (sei es auch weder dauernd noch ausschließlich) zu ihr hält, so entspricht dies zwar den Intentionen des Gesetzgebers in der Richtung auf das bekämpfte Verhältnis, nicht aber in der Richtung auf die von demselben beabsichtigte Beweisersparnis, und jedenfalls nicht den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen, welche diese enge persönliche Beziehung nicht zur notwendigen Grundlage haben. Die Rolle, welche hier der im Gesetze gebrauchten Bezeichnung „Zuhälter" beizumessen ist, werden wir später erörtern (Note 24 ff.).

Wesentlich aber ist dem zweiten Mischtatbestande die Förderung der Ausübung des unzüchtigen Gewerbes. Gegenstand der Förderung sind demnach die Geschäfte, welche der Betrieb dieses Gewerbes mit sich bringt, also nicht nur die Preisgabe gegen Entgelt, sondern auch das Aufsuchen und Anlocken des Publikums, die Verheimlichung und Sicherung des Unzuchtgewerbes u. a. m.[18]). Vorausgesetzt wird eine Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt (Präsens). Eine Begünstigung einer solchen, die das Gewerbe aufgegeben hat, in Bezug auf ihre früheren Gewerbshandlungen erfüllt also den Tatbestand nicht. Die Förderung der Ausübung des unzüchtigen Gewerbes involviert stets — sei

[18]) Gute Kasuistik bei Heilborn in Goltdammers Archiv Bd. 47 S. 279 und bei Meyer in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 348.

es unmittelbar oder nur mittelbar — eine Förderung der Unzucht.

Damit drängt sich sofort die Frage nach dem Verhältnis zur Kuppelei auf, das später zu erörtern, hier aber nach der deliktischen Seite hin zu betrachten ist. Das Delikt der Kuppelei besteht in der Förderung fremder Unzucht[19]). Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennutz, denen bei der schweren Kuppelei in § 181 keine tatbestandliche Bedeutung zukommt, sind nur Strafbarkeitsmerkmale der einfachen Kuppelei. Die in §§ 180, 181 St.G.B. behandelten Begehungsformen der Kuppelei — Vermittelung und Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit — können aus begrifflichen und geschichtlichen Gründen[20]) ebenfalls nur als Strafbarkeitsmerkmale angesprochen werden. Die unmittelbare oder mittelbare Förderung der Gewerbsunzucht, welche sich in der Förderung der Ausübung des Dirnengewerbes betätigt, stellt sich demnach als Übertretung des jede Förderung fremder Unzucht treffenden Kuppeleiverbots dar[21]). Damit enthüllt sie sich als der deliktische Kern des in § 181a an zweiter Stelle normierten Tatbestandes und kennzeichnet diesen als Kuppelei. Neben die in §§ 180, 181 zur Strafbarkeit erhobenen Qualifikationen der an sich straflosen Kuppelei tritt, mit neuen Qualifikationsmomenten ausgerüstet, die Kuppelei nach § 181a. Erwachsen und erkannt auf dem Gebiete des Zuhältertums, verdient sie den Namen „zuhälterische Kuppelei“[22]).

Erblicken wir nach dem Gesagten ein Mischgesetz in unserm § 181a, dessen erstem Tatbestande das Zuhältereiverbot zu Grunde liegt, während der zweite aus dem Kuppeleiverbote geformt ist, so fehlt es doch nicht an einigenden Momenten für die der Verschiedenheit der Normen entsprechenden verschiedenartigen Delikte.

---

[19]) Binding, Handbuch I S. 353.

[20]) v. Liszt, S. 359, 361; Binding. Lehrbuch S. 204.

[21]) Herr, a. O. S. 809 behandelt zutreffend den zweiten Tatbestand als Kuppelei unter Berücksichtigung von Parallelerscheinungen im ausländischen Recht.

[22]) Binding a. O. S. 212 und Heilborn nehmen an, daß die Förderung nicht die Form der Kuppelei im technischen Sinne haben dürfe. Der gesetzliche Tatbestand enthält aber eine solche Einschränkung nicht. Es wäre auch unbillig, die Überweisung an die Landespolizeibehörde nur bei Beschützung, nicht aber bei Verkuppelung einer Dirne eintreten zu lassen. Eine solche Einschränkung verwerfen mit Recht v. Liszt, S. 365, das Reichsgericht und K. Meyer a. O. S. 351, sowie Jaffa, S. 491. Wir nehmen Alternativität der §§ 180, 181, 181a an. (Siehe im letzten Abschnitt.)

Der höhere Gattungsbegriff der Zuhälterei, dem das Gesetz entstammt und dem es die Bezeichnung des Täters entlehnt, hat auch im zweiten Mischtatbestande seine Spuren hinterlassen. Er bestimmt das Objekt, die gewerbsmäßige Prostitution von Frauenspersonen, welches enger als das Objekt der Kuppelei — die Unzucht — ist, er kommt auch im Verbrechenssubjekt zum Ausdruck. Denn das Subjekt der Kuppelei ist, wie wir gesehen haben, in der überwiegenden Anzahl der Fälle (60 bis 62 pCt.) eine Frauensperson, Subjekt des Zuhältereidelikts ist aber, wenn auch wohl nicht nach dem Deliktsbegriff, so doch regelmäßig eine Mannsperson, und dieses regelmäßige Subjekt des Zuhältereidelikts ist zum begrifflichen Verbrechenssubjekt nicht nur für die ausbeuterische Zuhälterei, sondern auch für die zuhälterische Kuppelei erhoben. Die letztere hat also mit der erstern ein Strafbarkeitsmerkmal gemein, welches nur aus der Eigenart der zuhälterischen Gemeinschaft zu erklären ist. Dieser höhere Gattungsbegriff, dessen Einheit sich auch in der Aufstellung einheitlicher Strafschärfungsgründe widerspiegelt, hat nur durch die Mannigfaltigkeit seiner Erscheinungsformen den Gesetzgeber veranlaßt, um nicht zu sagen verleitet, statt eines Polizeivergehens deren zwei aufzustellen. Ein Blick auf den Entstehungsgang des Gesetzes wird dies bestätigen.

Schon der Entwurf von 1892 statuiert im ersten Absatz des § 181a die Bestrafung „wegen Zuhälterei" und enthält im zweiten Absatz das Wort „Zuhälter". Die Begründung zu diesem Paragraphen wies auf das Unzureichende der Bestimmungen über die Kuppelei hin; es genüge zwar nach der reichsgerichtlichen Praxis (Entsch. Bd. 11 S. 149) das Begleiten oder Beschützen einer Prostituierten in der Absicht, ihr das Anlocken von Männern zu erleichtern, um den Tatbestand des § 180 zu erfüllen, dieser Beweis sei aber oft schwer zu führen. Der Entwurf wolle daher eine Bestimmung treffen, welche von der Forderung einer bestimmten kupplerischen Handlung absehe und den Zuhälter schon deshalb der Strafe unterwerfe, weil er ein Zuhälter sei, wolle also das Zuhältertum als solches verbieten. Das Verhältnis des Zuhälters zu seiner Dirne sei in hohem Grade unsittlich und an sich der öffentlichen Ordnung gefährlich. In der Regel benutzt, so wird im wesentlichen ausgeführt, der Zuhälter die Prostituierte, welche Schutzbedürfnis oder Zuneigung mit ihm in Verbindung bringt,

als Erwerbsquelle, um selbst ein dem Müßiggang und den Vergnügungen gewidmetes Leben zu führen. Eine beträchtliche Anzahl von Zuhältern beschränkt sich hierauf, mindestens ist vielen derselben etwas Weiteres nicht zu beweisen. Schon hierdurch aber sinken sie herab zu einem Grade der Verkommenheit, der sie jederzeit bei gegebenem Anlaß zu Ausschreitungen und Verbrechen fähig macht. Will man gegen sie strafrechtlich vorgehen, so muß — sagt die Begründung — da es an andern nachweisbaren deliktischen Handlungen ihrerseits mangelt, zur Trägerin der Strafbarkeit die Tatsache gemacht werden, daß sie „gewohnheitsmäßig aus der Prostitution ihren Erwerb ziehen". Eine andre Klasse von Zuhältern gewährt den Prostituierten Schutz oder ist ihnen sonst förderlich. Dies kann neben der Annahme von Lebensunterhalt geschehen, aber auch ohne solche oder wenigstens ohne daß eine solche Annahme beweisbar ist. Der zweite Teil der Strafandrohung hat nun seine Bedeutung vornehmlich gegenüber solchen Zuhältern, denen sich der Beweis der gänzlichen oder teilweisen Annahme des Lebensunterhaltes nicht führen läßt.

Die VIII. Kommission von 1892/93, welche auch die „Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs" behufs Ausschließung der Fälle, in denen es sich lediglich um Einziehung berechtigter (z. B. ärztlicher) Forderungen handelt, einfügte, strich die Worte „wegen Zuhälterei" und setzte statt „Zuhälter" das Wort „Täter" ein, weil es von einem Teil der Mitglieder für unstatthaft erachtet worden war, auch den Ehemann als Zuhälter zu bezeichnen. Die IX. Kommission von 1898 schaltete im ersten Absatz hinter „förderlich ist" das Wort „Zuhälter" in Klammern ein und ersetzte entsprechend das Wort „Täter" im zweiten Absatz an beiden Stellen wieder durch „Zuhälter". Sie folgte damit der Anregung, Klarheit darüber zu schaffen, was mit dem § 181a getroffen werden solle, und zu verhindern, daß gegen die Vermietung von Wohnungen an Prostituierte, die nach dem später gestrichenen Absatz 2 des § 180 straflos bleiben sollte, auf Grund des § 181a auch in solchen Fällen eingeschritten werden könnte, in denen eine zuhälterische Ausbeutung nicht stattgefunden hat.

In der Begründung der Regierungsvorlage von 1899, welche insoweit den Kommissionsbeschlüssen der vorhergegangenen Session entsprach, wird das Verhältnis der beiden Tatbestände in dem Sinne behandelt, daß das Wesen des Zuhältertums an sich durch

den ersten Tatbestand gekennzeichnet sei, daß aber, um der Vorschrift die praktische Wirksamkeit zu sichern, ihre Anwendung auf die im zweiten Tatbestande zusammengefaßten Fälle erstreckt werden müsse.

So gab man, wie es bei Polizeidelikten häufig vorkommt[23]), dem Gesichtspunkt der Beweisersparnis Raum, ging aber hierbei in zweifacher Richtung weiter, als es vielleicht erforderlich gewesen wäre. Zunächst stellte man nicht etwa nur eine widerlegbare Vermutung dahin auf, daß zwischen dem Förderer des Unzuchtgewerbes und der Dirne ein zuhälterisches Verhältnis bestehe, sondern man gelangte — wenn ein Vergleich aus dem Zivilrecht erlaubt ist — noch sogar über eine praesumptio iuris et de iure hinaus dazu, den Begriff der Zuhälterei auf die gewohnheitsmäßige und auf die eigennützige, wenn auch nur gelegentliche Förderung der Gewerbsunzucht einer Dirne durch eine Mannsperson zu erstrecken. Man stellte also, um den Beweis zu vereinfachen, nicht eine prozessuale Beweisregel auf, sondern operierte am Tatbestande. Von diesem aber ließ man sowohl die hauptsächlichsten Strafbarkeitsmerkmale, nämlich die Ausbeutung der Dirne zur Sustentation des Mannes, fallen, als auch ersetzte man das Delikt, bestehend in der Pflege einer Gemeinschaft mit der Dirne als solcher, durch ein andres, indem man die Förderung der Ausübung des unzüchtigen Gewerbes zur Trägerin der Strafbarkeit machte.

Das zuhälterische Verhältnis findet sich daher im zweiten Mischtatbestande nicht wieder — eine Lücke, die nur entstehen konnte, weil es in dem ersten Tatbestande einen von den Strafbarkeitsmerkmalen abgegrenzten Ausdruck nicht gefunden hat.

Die bereits erwähnte Tatsache, daß ebenso wie im ersten auch im zweiten Tatbestande eine Mannsperson einer Prostituierten gegenübersteht, reicht nicht aus, um diese Lücke auszufüllen. Das gleiche gilt von dem in den Text des Gesetzes eingeschalteten Wort Zuhälter. Hintangesetzt und eingeklammert kennzeichnet es sich als nicht zur Aufstellung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale gehörig[24]). Es steht daher in Parallele mit Ausdrücken, welche im

---

[23]) Binding, Normen I, § 54 S. 407.

[24]) Reichsgericht, IV. Strafsenat, U. v. 4. 1. 1901, Entsch. Bd. 34 S. 72. Ebenso Jaffa, Der Begriff des Zuhälters im Reichsstrafgesetzbuch, Abhandlungen des kriminalistischen Seminars der Unio. Berlin 1902 S. 476, und Herr a. O. S. 827. A. M. Schlecht a. O. S. 9.

Tatbestande andrer Strafgesetze als gemeinverständliche Bezeichnung des Verbrechens auftreten, z. B. „als Hochverrat" (§ 80 St.G.B.), „wegen Hochverrats" (§ 81), „als Hehler" (§ 259) u. a. m.[25]). Es ist durchaus geeignet, zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale verwendet zu werden und spielt bei der Eruierung der Norm eine Rolle, indem es auf dieselbe hinweist und für ihre Zugehörigkeit zu den Schlechthin-Verboten spricht. Aber alle derartigen Benennungen dürfen, wenn sie auch der Erläuterung dienlich sind, eine selbständige Bedeutung nicht beanspruchen. So ist es wohl schon zu weit gegangen, wenn man z. B. den Begriff der Unzucht in § 180 mit Rücksicht auf die Worte „wegen Kuppelei" entsprechend der Wortbedeutung von „kuppeln" (copulare) auf diejenigen Unzuchthandlungen eingeschränkt hat, bei denen eine Mehrheit von Individuen beteiligt sein kann, denn es ist mindestens fraglich, ob hierdurch nicht ein Strafbarkeitsmerkmal aus der nicht tatbestandlichen Bezeichnung des Vergehens entnommen ist[26]). Ferner ist zu beachten, daß derartige Benennungen unter Umständen schief sind, wie z. B. die Kreditgefährdung[27]) im Sinne des § 187 als verleumderische Beleidigung bezeichnet wird, obwohl sie nicht notwendig ehrenkränkenden Charakters ist. So deckt auch das Wort „Zuhälter" den Delinquenten des zweiten Mischtatbestandes nicht vollständig und darf zu einer Verengerung dieses Tatbestandes auf die Fälle der zuhälterischen Gemeinschaft nicht benutzt werden.

II. Die Verbrechenseinheit bei Verwirklichung der beiden Tatbestände innerhalb einer zuhälterischen Gemeinschaft.

Es wäre wohl wohl die befriedigendste Lösung des Problems gewesen, wenn der Gesetzgeber denjenigen als Zuhälter bezeichnet hätte, der mit einer Dirne als solcher Gemeinschaft pflegt; sodann hätten die Merkmale aufgestellt werden müssen, welche, diesem an sich nicht unter Strafe zu stellenden Tatbestande hinzutretend, denselben zum Vergehen qualifizieren. Während man sich

---

[25]) Z. B. §§ 87 ff., 115, 116, 122, 124, 211, 212, 223, 234, 242, 246, 249, 253, 257, 263, 266, 267, 302a, 332 usw.

[26]) Olshausen, § 180 Note 2 und die dort Citierten, bes. E. 11, 4. — Man gelangt zwanglos zu demselben Resultat, wenn man den § 181 (Nr. 2 „zu der verkuppelten Person") zur Auslegung heranzieht.

[27]) Binding, Normen II S. 483.

für die Ausgestaltung der ersten Alternative des Gesetzes mit der Anreihung von Strafbarkeitsmerkmalen an den deliktischen Tatbestand hätte helfen können, würde man die zweite durch Hinzunahme des Kuppeleidelikts zum zusammengesetzten Verbrechen geformt haben. Sehr einfach wäre alsdann die Frage, ob Verbrechenseinheit oder -Mehrheit vorliegt, in dem Falle zu beantworten gewesen, wenn der Täter mit der Dirne eine einheitliche Gemeinschaft gepflogen, ihr Unzuchtgewerbe aber sowohl ausgebeutet wie gefördert hat. Das Zuhältereidelikt wäre alsdann, da nur eine Gemeinschaft bestanden hat, einmal begangen, und um dieser Deliktseinheit willen, welche durch das hinzutretende Kuppeleidelikt nicht aufgehoben werden kann, Verbrechenseinheit gegeben. So liegt ja auch der Fall bei Gesetzen, die auf der Grundlage eines einzigen Verbotes nur einen Tatbestand, aber mit alternativen Merkmalen, aufweisen. Reflexe eines höheren Begriffs, für dessen prägnantes Erfassen vielleicht das Auge der Vorstellung, jedenfalls aber der Mund der Sprache versagt hat, oft in einem Artverhältnis zu einem umfassenderen Begriff stehend, aber selten dessen einzige Arten, bilden sie eine oder mehrere Gruppen im Tatbestande, dessen Verwirklichung erfordert, daß außer den übrigen Merkmalen je ein beliebiges aus jeder der fraglichen Gruppen verwirklicht ist. Sind aber mehrere Alternativmerkmale einer Gruppe verwirklicht, so genügt dieser Umstand keinesfalls, um eine Verbrechensmehrheit anzunehmen, da hierzu eine mehrmalige Erfüllung des gesamten Tatbestandes erforderlich ist.

Der Weg den das Gesetz gegangen ist, ist nun zwar ein andrer, aber auch er führt zu dem Ergebnis der **Verbrechenseinheit**, wenn bei Verwirklichung beider Tatbestände eine zuhälterische Gemeinschaft vorliegt. Der Gesetzgeber hat dem ersten Tatbestand lediglich das Zuhältereiverbot, dem zweiten allein das Kuppeleiverbot zu Grunde gelegt und die verschiedenen normwidrigen Handlungen alternativ mit einer Strafdrohung verbunden. Wir haben es also mit Mischtatbeständen zu tun[28]). Aus einem derartigen Verhältnis ergibt sich für die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz die Folge, daß, „wenn jemand von den mehreren Alternativen nicht eine, sondern mehrere verwirklicht, eine Mehrheit von Delikten vor-

[28]) Ein von Binding aufgestellter Begriff, Handbuch I S. 560 ff.; Normen I S. 205 ff.

liegt“[29]). Diese Deliktsmehrheit stellt zugleich Verbrechensmehrheit dar, wenn nicht die Betrachtung des einzelnen Mischgesetzes ergibt, daß der Gesetzgeber, insbesondere um eines höheren, den Mischtatbeständen gemeinsamen Gattungsbegriffs willen, deren kumulative Verwirklichung als Verbrechenseinheit hat gelten lassen wollen[30]).

Ein solcher Gattungsbegriff ist hier vorhanden. Wir finden ihn in dem zuhälterischen Verhältnis, der Gemeinschaft, welche der Täter mit der gewerbsmäßigen Dirne als solcher pflegt. Er ist identisch mit dem im ersten Mischtatbestande zum Vergehen ausgestalteten Delikt, und hat zwar dem Kuppeleidelikt aus Rücksichten der Beweisersparnis im zweiten Mischtatbestande das Feld geräumt, aber nur wie ein Herr seinem Stellvertreter. Nicht allein sind seine Spuren im Subjekt und Objekt dieses Tatbestandes eingegraben, nicht nur gibt die Zuhälterei den Namen ab für die alternativ mit Strafe bedrohten Handlungen, nicht nur stellen sich diese als Lebenserscheinungen eines und desselben antisozialen Verhältnisses dar, sondern es ordnet sich die zuhälterische Kuppelei der ausbeuterischen Zuhälterei dort, wo sie mit ihr in derselben zuhälterischen Gemeinschaft zusammentrifft unter, indem die Förderung des Gewerbes der Prostituierten als ein Mittel der Ausbeutung, welche durch den Verdienst aus dem geförderten Unzuchtsgewerbe bedingt ist, erscheint.

Es ist also zwar die Mannsperson, welche z. B. aus Eigennutz einer Dirne in Bezug auf die Ausübung des unsittlichen Gewerbes in einem vereinzelten Falle Schutz gewährt hat, als Zuhälter strafbar auch wenn eine zuhälterische Gemeinschaft fehlt; wenn aber eine solche vorhanden ist, so ist dieses Band stark genug, um die innerlich in nahem Zusammenhang stehenden Handlungen, in denen sie sich betätigt, nämlich sowohl die Ausbeutung, wie auch die Förderung der Gewerbsunzucht im Sinne des § 181a, als Verbrechenseinheit erscheinen zu lassen[31]). Diese Zusammenfassung der Deliktsmehrheit zu einer Einheit des verbrecherischen Herganges entspricht durchaus dem Wesen der Zuhälterei. Sie weist in ihrer vollkommensten Erscheinungsform eine auf gegenseitigen Leistungen beruhende materielle Interessengemeinschaft auf, dergestalt, daß die

[29]) Binding, Normen I S. 209.

[30]) Binding, Handbuch I S. 560, 563.

[31]) Ebenfalls für Verbrechenseinheit: Heilborn in Goltdammers Archiv Band 47 S. 281.

Leistungen der Dirne ihrem unsittlichen Gewerbe entstammen, die des Mannes ihrer Gewerbsausübung zu statten kommen. Das eine Unzuchtgewerbe ist das materielle Substrat der einen Gemeinschaft, die ebensowohl wie das selbstische Interesse des Zuhälters zu einem Empfangen und Geben führt. Als Haupt der Societas leonina aber gibt er nur, um mehr zu empfangen. Der Schutz und die Förderung, die er gewährt, sind ihm nur Mittel zur Verfolgung seiner eigennützigen Zwecke. Daher fehlt ihnen die selbständige Verbrechensnatur dort, wo sie mit der Ausbeutung der Dirne in Zusammenhang stehen, und es zeigen sich Förderung und Ausbeutung als einheitlicher Verbrechensfall.

III. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale in objektiver und subjektiver Beziehung.

A. Die den beiden Mischtatbeständen gemeinsamen Merkmale.

Die beiden Tatbestände unsres Gesetzes haben Subjekt und Objekt gemeinsam.

Subjekt des Zuhältereivergehens kann nur eine männliche Person sein[32]). Dies Strafbarkeitsmerkmal, von dem bereits oben die Rede war, ist lediglich auf das Geschlecht, nicht auf die Geschlechtsreife oder das Alter des Handelnden abgestellt.

Als Objekt des Vergehens erscheint, wenn auch nicht grammatikalisch nach dem Gesetzestexte, so doch für die zusammenfassende Betrachtung das Unzuchtgewerbe einer Person weiblichen Geschlechts. Diese kann sich selbst gemäß §§ 361 Z. 6, 362 St.G.B. durch den Betrieb des unsittlichen Gewerbes mangels Unterstellung unter die polizeiliche Dirnenaufsicht oder als kontrollierte Dirne durch Zuwiderhandlung gegen gewisse polizeiliche Vorschriften strafbar machen. Da jedoch die Strafbarkeit des hurerischen Treibens nicht Tatbestandsmerkmal des Zuhältereivergehens ist, so fragt es sich hier nur, was man unter gewerbsmäßiger Unzucht zu verstehen hat.

Im allgemeinen kennzeichnet sich als unzüchtig dasjenige, was der Zucht und Sitte in geschlechtlicher Beziehung widerspricht. Eine Reihe von unzüchtigen Handlungen ist im 13. Abschnitt des

[32]) Auf die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft des Mannes weist hin v. Liszt, Lehrbuch S. 364, ansch. mißverstanden bei Jaffa a. O. S. 478.

zweiten Teils des Reichsstrafgesetzbuchs unter Strafe gestellt, und zwar unter gewissen Voraussetzungen bald nur der Beischlaf, bald beischlafähnliche[33]), bald auf Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes gerichtete[34]), bald irgendwelche Handlungen, die in ihrer Beziehung auf das Geschlechtsleben die gute Sitte als solche[35]), oder die gröblich das Schamgefühl[36]) verletzen. Nirgend hat der Gesetzgeber an die Unzucht in ihrer Allgemeinheit eine Strafandrohung geknüpft, nur gegen bestimmte Verletzungen der Geschlechtsehre hat er ein Recht auf Strafe geschaffen. Aber auch die Bestimmungen, die sich mit der Unzucht ohne Rücksicht auf deren Strafbarkeit beschäftigen[37]), oder sie lediglich als Polizeidelikt behandeln[38]), beziehen sich nicht auf alle Verstöße gegen Zucht und Sitte in geschlechtlicher Hinsicht. So ist Gegenstand der kupplerischen Vorschubleistung nur diejenige Unzucht, an der eine Mehrheit von Individuen beteiligt sein kann, Gegenstand der den Zweck der Entführung bildenden Unzucht nur der Geschlechtsverkehr, bei welchem die Entführte das Objekt oder Mittel der Geschlechtslust des Entführenden oder eines Dritten sein soll[39]).

Die gewerbsmäßige Unzucht nun ist stets eine zweiseitige[40]), das heißt eine solche Unzucht, durch welche nicht nur die Geschlechtsehre der Prostituierten verletzt, sondern auch die dritter Personen in Mitleidenschaft gezogen wird. Dies folgt daraus, daß der Gewerbebetrieb sich an das Publikum wendet. Aber nicht alle zweiseitigen, gewerbsmäßig vorgenommenen Unzuchthandlungen fallen unter diesen Begriff. Zum Beispiel genügt es nicht, daß sich eine Frauensperson gewerbsmäßig zu unzüchtigen Schaustellungen hergibt, womit sie nicht nur die eigne Geschlechtsehre verletzt, sondern ebensowohl die der Zuschauer in Mitleidenschaft zieht. Vielmehr hat der Gesetzgeber nur die Lebenserscheinungen im Auge, welche man unter dem Namen der Prostitution zusammenfaßt und

---

[33]) § 175 St.G.B. Vgl. Rechtspr. 10 S. 416, E. 23 S. 289.
[34]) §§ 174, 176. Vgl. E. 23 S. 233.
[35]) §§ 183, 184b.
[36]) § 184a.
[37]) §§ 180, 181, 181a, 236, 237.
[38]) § 361 Z. 6.
[39]) Der Grund ist der, daß die Entführung geschieht, um die Frauensperson selbst zur Unzucht zu bringen.
[40]) Binding, Lehrbuch S. 194.

deren Wesen ergibt, daß eine nicht bloß auf Erregung, sondern auf Befriedigung fremder Geschlechtstriebe gerichtete Unzucht zu erfordern ist. Es muß sich also die Dirne einem individuell nicht bestimmten und nicht geschlossenen Kreise von Männern gegen Entgelt preisgeben oder preisgeben wollen[41]).

Mit der gewerbsmäßigen Unzucht darf die Ausübung des Unzuchtgewerbes nicht identifiziert werden. Jene ist der Gegenstand des Gewerbsunternehmens, diese umfaßt eine jede zu dessen Ausführung vorgenommene Tätigkeit. Wie zum Handelsgewerbe außer dem Ein- und Verkauf beispielsweise auch das Anbieten, Ausstellen, Instandhalten und Bewachen der Ware gehört, so sind in das Zerrbild eines ehrenhaften Gewerbes alle Handlungen einzubeziehen, die der Anbahnung, Erleichterung, Fortsetzung und Sicherung der Unzucht dienen.

Der gewerbsmäßige Charakter der Handlung wird hergestellt durch den einheitlichen Willen der Dirne, sich aus dem fortgesetzten Betriebe der Unzucht einen Erwerb zu verschaffen. Ist es auf Grund dieses generellen Willensmoments, welches sich als die auf den Gewerbserfolg gerichtete Absicht kennzeichnet, und zufolge mehrfacher Willensentschließung zu mehreren Ausführungsakten gekommen, so verbinden sich dieselben, ohne den Charakter selbständiger Handlungen einbüßen zu können, vermöge der ihnen gemeinsamen Absicht und vermöge ihrer Gleichartigkeit zur Gewerbseinheit. Es genügt aber schon die einmalige Betätigung dieses Willens, denn sie stellt bereits den Beginn des gewerbsmäßigen Betriebes dar.

Neben diesen objektiven Voraussetzungen ist beiden Tatbeständen als subjektives Erfordernis die Kenntnis des Zuhälters von dem Unzuchtgewerbe und der Zugehörigkeit der Unzuchttreibenden Person zum weiblichen Geschlechte gemeinsam. Befindet sich der Zuhälter im Zweifel darüber, ob er eine Prosti-

---

[41]) Reichsgericht, III. Strafsen. U. v. 29. 10. 1900, Goltd. Archiv 47 S. 441. Damit scheidet die Mätressenwirtschaft aus. S. v. Liszt, S. 364. Gegen ihn erklären sich Schlecht, S. 10 und Jaffa, S. 479. Dieser nimmt an, es könne sich eine Frauensperson schon dadurch als Prostituierte kennzeichnen, daß sie mit verschiedenen Männern nacheinander ein festes Verhältnis mit dem entspr. Gewerbswillen unterhalten hat. Damit wendet sie sich aber noch nicht an das Publikum, sondern individualisiert den unzüchtigen Verkehr für die Dauer eines jeden Verhältnisses.

tuierte vor sich hat, hält er es also für möglich, läßt sich aber durch die Vorstellung dieser Möglichkeit von der Ausführung der Handlung nicht abhalten, so umfaßt sein Vorsatz das Objekt der zuhälterischen Tätigkeit nach allen Richtungen. Er ist alsdann ebenso strafbar, wie wenn er die Dirnenqualität gekannt hätte.

B. Die Besonderheiten des ersten Mischtatbestandes.

Der erste Mischtatbestand zeigt die Prostitution im Dienste der Zuhälterei. Der Täter bezieht von der Dirne als deren Parasit unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ganz oder teilweise den Lebensunterhalt.

1. Zum Lebensunterhalt des Zuhälters gehört nicht allein[41a]) sein Bedarf an Nahrung, Kleidung und Wohnung, sondern darüber hinaus alles dasjenige, was zur Aufrechterhaltung seiner konkreten Art von Lebensführung oder zur materiellen Verbesserung derselben dient, mag er sein Dasein notdürftig fristen oder ein verschwenderisches Wirtshausleben führen und kostspieligen Vergnügungen nachgehen, für welche sein müheloser Erwerb ihm die Muße gibt. Dem Lebensunterhalt dient auch die Erhaltung wichtiger Lebensgüter; die Kurkosten im Falle einer Krankheit, die Entrichtung einer Geldstrafe behufs Abwendung der Subsidiarstrafe an der Freiheit gehören hierher. Das Maß des Gewährten ist nicht ohne Bedeutung. In dieser Richtung ist eine Erheblichkeit für den Lebensunterhalt des Zuhälters zu erfordern, so daß z. B. die mehrmalige Bezahlung der in einem Kaffeehause genossenen kleinen Erfrischungen nicht ausreichen wird, während dies bei hohen Zechen oder bei Hauptmahlzeiten eher der Fall ist. Für die hierbei dem Tatrichter zufallenden Erwägungen mag diese Andeutung genügen.

Die Unterhaltsmittel können in natura, z. B. im Falle einer Haushaltsgemeinschaft, verabfolgt oder es kann die Anschaffung der Lebensbedürfnisse des Zuhälters in andrer Weise ermöglicht werden, so zunächst durch Gewährung von Tauschmitteln. Schon im Zeitpunkt des Empfanges ist, wenn die weiterhin zu besprechenden Merkmale vorliegen, das Vergehen vollendet, mag die Verwendung auch unterblieben sein oder zu andern Zwecken stattgefunden haben. Der bloße Empfang genügt jedoch nicht, wenn sich ihm nicht der

[41a]) E. 35 S. 92.

Wille zugesellt, mit den dargereichten Mitteln Bedürfnisse des Lebensunterhalts zu befriedigen. Sind die fraglichen Mittel zu andern Zwecken, z. B. zur Bezahlung einer Schuld der Dirne an einen Dritten empfangen, so ist das Vergehen erst vollendet, wenn sie dem Unterhaltszweck gewidmet werden. Unterschlagung, Betrug oder Untreue können in derartigen Fällen mit der Zuhälterei in Idealkonkurrenz treten. Überall entscheidet nicht die von der Dirne, sondern die von dem Zuhälter getroffene Zweckwidmung darüber, ob die verabfolgten Mittel zum Lebensunterhalt bezogen sind, jedoch kann die erstere ein gewichtiges Beweismoment für die letztere bilden. Es liegt nicht im Wesen dieser Zweckwidmung, daß die Bezüge des Zuhälters unmittelbar zur Anschaffung von Lebensbedürfnissen empfangen oder verwendet werden. Derselbe beziehe also von der Dirne auch dann den Lebensunterhalt, wenn er den Gewinn eines aus Mitteln der Dirne unterstützten Gewerbes, z. B. des „fliegenden" Blumenhandels, dem Unterhaltszwecke widmet, und wenn er sich auf Grund ihres Wechselaccepts oder durch Verpfändung ihrer Möbel Geld oder Kredit zu Unterhaltszwecken verschafft.

Unter dem „Beziehen" des Lebensunterhaltes haben wir das Empfangen mit dem Vorsatz der Wiederholung zu verstehen, der sich schon in dem ersten Empfangsakte hinreichend dokumentieren kann.

2. Als ausbeuterische Handlung trägt, wie oben bemerkt, die Zuhälterei Strafbarkeitsmerkmale an sich, die den Deliktsmerkmalen eines Vermögensverbrechens gleichen. Die genauere Betrachtung ergibt jedoch, daß das Merkmal der Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs gegenüber den übrigen Tatbestandsmerkmalen nur in geringem Maße von selbständiger Bedeutung ist. Erhellt aus diesen bereits, daß der Lebensunterhalt des Zuhälters von der Dirne abhängig ist, so folgt aus dem Merkmal der Ausbeutung und deren Objekt, als welches der unsittliche Erwerb der Dirne bezeichnet wird, das Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen diesem und der Sustentation des Zuhälters. Der Erwerb ist nun aber nicht etwa identisch mit dem Erworbenen. Die Bezüge des Zuhälters brauchen daher nicht aus dem durch die Unzucht Erworbenen unmittelbar verabfolgt zu werden. Wenn also z. B. die Dirne nebenher eine anständige Beschäftigung hat und den aus derselben stammenden Verdienst ihrem Genossen abgibt, während

sie selbst vom Hurenlohn lebt, so kann doch der unsittliche Erwerb ausgebeutet sein, ohne welchen ihre Zuwendungen entfallen würden. Erwerb ist vielmehr das Gewerbe selbst nach seiner gewinnbringenden Eigenschaft hin. Damit in Einklang steht die in dem Worte Ausbeutung liegende Beziehung auf den selbstischen Nutzen des Handelnden. Sie ergibt als wesentlichen Bestandteil des Vorsatzes das Bewußtsein des Täters, daß er das Unzuchtgewerbe der Dirne für seinen eignen Lebensunterhalt ausnutzt[42]). Damit gelangen wir zu dem Erfordernis des Eigennutzes. Dasselbe kommt hier zwar nicht als Motiv der Handlung, wie im zweiten Mischtatbestande, in Betracht, würde aber nach der objektiven Seite hin an beiden Stellen gleichbedeutend sein, wenn es nicht rücksichtlich des ersten Mischtatbestandes durch ein weitergehendes Erfordernis absorbiert würde.

3. Vergegenwärtigen wir uns nämlich, daß die Gewinnung des Lebensunterhaltes der Zweck der zuhälterischen Handlung, diese selbst aber ein „Beziehen" ist, so sehen wir uns einer fortgesetzten auf Gewinn gerichteten Tätigkeit gegenüber, welche die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit, wie sie oben bereits besprochen worden sind, vollzählig an sich trägt. Schon weil sie dahin geht, den Lebensunterhalt zu gewinnen, ist sie auf fortgesetzten Erwerb gerichtet[43]). Wie ein Parasit Eigenschaften annimmt von dem Wesen, von welchem er sein Leben fristet, so teilt sich den Handlungen des Zuhälters, der sich an das Gewerbe der Dirne anhängt, der gewerbsmäßige Charakter mit. Der Umstand, daß das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht mit ausdrücklichen Worten im Gesetze aufgestellt ist, gibt zu Bedenken keinen Anlaß. Sind kon-

[42]) Ausbeutung ist Benutzung zum eignen Vorteil. (v. Lilienthal in Holtzend. Lexikon III S. 1358.) v. Liszt bezeichnet (S. 364) als Gegenstand der Ausbeutung das Abhängigkeitsverhältnis. Es lassen sich aber immerhin Fälle denken, in denen die Dirne nicht von dem Zuhälter abhängig und eher das Umgekehrte der Fall ist. Herr (S. 823) tritt v. Liszt bei. Jaffa (S. 480) umschreibt die Worte des Gesetzes nur.

[43]) Rechtspr. 2 S. 337 und E. 4 S. 391. Heilborn (S. 281) ist offenbar derselben Ansicht, indem er den auf Verschaffung einer Einnahmequelle gerichteten, wenn auch nur einmal betätigten Willen verlangt. Nur sagt er, das Delikt sei bezüglich der wiederholten Betätigung wie ein gewohnheitsmäßiges zu behandeln. Da aber ein einziger Ausführungsakt auch nach seiner Meinung genügt, so muß die Annahme der Gewerbsmäßigkeit die Folge sein.

kludente Tatbeſtandsmerkmale vorhanden, ſo muß es aus denſelben im Wege der Auslegung, die in der Entwicklung des Rechtswillens hier nicht etwa in beſonderer Weiſe gehemmt iſt, entnommen werden. Zum Beiſpiel hat man auch die Landſtreicherei, die ebenfalls eine Erwerbstätigkeit nicht darſtellt und ſogar faſt ausſchließt, für ein gewerbsmäßiges, teilweiſe daneben für ein gewohnheitsmäßiges Delikt erklärt, wiewohl die Merkmale der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit nicht expressis verbis im Tatbeſtand des § 361 Nr. 3 St.G.B. vorkommen; ſie ergeben ſich aber mit zwingender Notwendigkeit aus den Merkmalen des Umherziehens als Landſtreicher[44]).

Es iſt demnach erforderlich, daß der Zuhälter an den Erträgen des Unzuchtgewerbes wenn auch nicht ſtetig oder regelmäßig, ſo doch nach der Gelegenheit wiederholt zu partizipieren beabſichtigt, um wenigſtens zeitweiſe die Bedürfniſſe des Lebensunterhaltes ganz oder zum Teil davon zu beſtreiten. Anders ausgedrückt, geht die Abſicht des Zuhälters dahin, ſich das Gewerbe der Dirne zum Unterhaltsgewinne dienſtbar zu machen. Damit ſchwindet auch die in der VIII. Kommiſſion behauptete Möglichkeit, daß ein Arzt oder Anwalt ſich lediglich durch Annahme eines Honorars von einer Proſtituierten ſtrafbar machen könnte[45]). Denn es iſt ohne weiteres nicht anzunehmen, daß derjenige, welcher von einer Dirne den Entgelt für eine Leiſtung entgegennimmt, ſich die Erwerbsquelle der Dirne mittelbar als eigne dienſtbar machen will, daß alſo die Erhaltung der tatſächlichen Vorausſetzungen des

---

[44]) Olshauſen, § 361 Nr. 3 Note c und die dort Citierten.

[45]) Das Merkmal der Ausbeutung des unſittlichen Erwerbes entſtammt der VIII. Kommiſſion, welche dasſelbe ſowohl für den Tatbeſtand der Kuppelei nach § 180 St.G.B. wie auch für den der Zuhälterei nach § 181a verwerten wollte. In Abänderung des § 180 Abſ. 2 der Regierungsvorlage von 1892 wurde vorgeſchlagen, die Vermietung von Wohnungen an Dirnen von der Kuppelei auszunehmen, ſofern damit nicht eine Ausbeutung des unſittlichen Erwerbs der Mieterin verbunden iſt. Die einfache, reelle Vermietung ſollte damit vor der Kuppeleiſtrafe geſchützt werden. Zu § 181a wurde der Antrag auf Hinzufügung der Worte „unter Ausbeutung ihrer Lage" geſtellt, um ein zivilrechtlich gerechtfertigtes Beziehen von Alimenten von der Beſtrafung auszuſchließen, einen entſprechenden Vorbehalt der Regierungsvorlage überflüſſig zu machen und zu verhindern, daß ſich ein Arzt oder Anwalt z. B. durch Annahme des Honorars von einer Proſtituierten ſtrafbar machen könnte. Die Kommiſſion wählte als präziſer die Faſſung „unter Ausbeutung ihres unſittlichen Erwerbes".

Bestehens dieser Erwerbsquelle von seinem Willen umfaßt ist. Anders der Zuhälter, der die Prostitution der Dirne zu seiner Existenzbedingung macht und dessen Beziehung zur Dirne alteriert wird, sobald sie sich ehrlichem Erwerbe zuwendet.

Ziel und Zweck des gewerbsmäßigen Handelns ist der Gewinn, und dieser stellt sich, wie der Erwerb aus einem Gewerbe, als wirtschaftlicher Vorteil dar[46]), der z. B. in der Realisierung einer Forderung bestehen kann, zum Unterschiede von der juristischen Betrachtungsweise, der als Vorteil der Erwerb eines Rechts ohne Gegenleistung und die Befreiung von einer Rechtspflicht ohne Leistung erscheint. Dies wird im vorliegenden Falle dadurch besonders klar, daß der Vorteil dem Beziehen des Lebensunterhalts zu Gute kommen muß; hierfür ist der einseitige Erwerb eines Rechts oder die einseitige Befreiung von einer Verbindlichkeit häufig belanglos, ja es kann sich sogar der Rechtserwerb ökonomisch als eine Last darstellen[47]).

Die wichtigste Folge aus der Annahme der Gewerbsmäßigkeit liegt in der Ausschließung der Verbrechenskonkurrenz. Mehrere Fälle der Ausbeutung sind zwar selbständige, auf getrennten Entschlüssen beruhende Handlungen, verbinden sich aber durch die einheitliche, auf Erwerb aus Delikten solcher Art gerichtete Absicht zu einem Vergehen, wenn sie innerhalb einer und derselben zuhälterischen Gemeinschaft begangen sind.

---

[46]) Binding (Handbuch I S. 550) verlangt gleichfalls nur ökonomischen Gewinn für die gewerbsmäßige Absicht; wegen des Eigennutzes siehe unten. Für die Unterscheidung von wirtschaftlichem und juristischem Vorteil folgen wir seiner Darstellung, Lehrbuch I S. 240.

[47]) Das Reichsgericht findet im Merkmal der Ausbeutung ebenfalls den „Eigennutz" wieder, verlangt die bewußte Ausnutzung der Prostituierten als einer Erwerbsquelle für den Lebensunterhalt, äußert sich über das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit nicht, kommt ihm aber durch die Wendung „Erwerbsquelle" mindestens sehr nahe, stellt sich gleichfalls auf den Standpunkt, daß die Verrechnung des von einer Prostituierten zum Unterhalt eines Mannes Gegebenen auf dessen Forderung die Ausbeutung nicht ausschließt und läßt den Gesichtspunkt entscheiden, ob der Wille des Täters lediglich auf Realisierung des Forderungsrechts oder auf eine Ausnutzung im obigen Sinne zugleich gerichtet war. Im gegebenen Falle war die Forderung des Zuhälters übrigens anscheinend nichtig und dieser außerdem der Zuhälterei im Sinne des zweiten Mischtatbestandes schuldig. Urt. d. IV. Strafsen. v. 4. 1. 1901, E. 34 S. 74.

Die Erpressung, der ein von unserm Polizeidelikt durchaus verschiedenes Vermögensdelikt zu Grunde liegt, kann ebensowohl mit der einfachen Zuhälterei, wie mit deren geschärften Unterarten in Idealkonkurrenz treten.

C. Die Besonderheiten des zweiten Mischtatbestandes.

Hat uns der erste Mischtatbestand die Prostitution im Dienste der Zuhälterei gezeigt, so tritt uns nunmehr die Zuhälterei im Dienste der Prostitution entgegen. Dort durch Merkmale, die den trügerischen Anschein eines Vermögensdelikts erwecken, verschleiert, kommt hier der Polizeicharakter des Mischgesetzes zum deutlichsten Ausdruck. Die Förderung der Unzucht ist, weil sie regelmäßig Gefahren für verschiedene Rechtsgüter in sich birgt, schlechthin verboten; ob im konkreten Falle eine Gefahr erkennbar ist, bleibt ohne Belang. Eine Reihe von Strafbarkeitsmerkmalen dient der Verengerung des deliktischen Tatbestandes zum kriminellen und stellt insbesondere die Beziehung zur Gewerbsunzucht her. Andre Merkmale zeigen, daß der Gesetzgeber selbst sich mit den näheren Modalitäten befaßt hat, unter denen die deliktische Handlung begangen werden kann, indem er nämlich die Gewährung von Schutz als Art[48]) der Förderung hervorhebt.

1. Gegenstand der letztern ist die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes der Dirne. Hierzu aber gehören nicht nur die einzelnen Akte der dem Gewerbszweck dienenden geschlechtlichen Preisgabe, sondern auch diejenigen Handlungen der Dirne, welche derartige Akte vorbereiten, erleichtern, sichern oder sonstwie, z. B. hinsichtlich der Gewinnung des Entgelts, den Zwecken ihres Gewerbes dienen. Sodann bedarf es nicht der Mitwirkung des Zuhälters zu einer bestimmten Handlung solcher Art, sondern es genügt, wenn er im allgemeinen günstigere Bedingungen für die Ausübung der Gewerbsunzucht schafft, als sie vordem bestanden hatten. Endlich ist es nicht erforderlich, daß die Dirne von dieser verbesserten Lage der Umstände Gebrauch gemacht hat.

2. Eine förderliche Handlung ist nicht denkbar ohne die Vorstellung eines zu fördernden Erfolgs. Wird derselbe auch erst durch eine andre Handlung, die Urheberhandlung, hervorgebracht, so gehört doch alles dasjenige, was ihm förderlich gewesen ist, zu

[48]) Dies folgt aus dem Worte „sonst" vor „förderlich ist".

den Bedingungen seiner Entstehung und befindet sich daher mit ihm in Kausalzusammenhang[49]). Dieser Erfolg ist nicht irgend ein möglicher, sondern der vom Zuhälter gewollte Erfolg, aber ohne Rücksicht darauf, ob er verwirklicht worden ist, oder nicht. Wohl ist im Gesetze erfordert, daß die Weibsperson gewerbsmäßig Unzucht treibt, aber nicht als Erfolg der zuhälterischen Handlung, sondern als außerhalb derselben stehendes Strafbarkeitsmerkmal, insofern sich nämlich die Zuhälterei nur auf ein bereits bestehendes oder gleichzeitig eingeleitetes Unzuchtgewerbe beziehen kann.

Es muß also verlangt werden, daß die Handlung des Zuhälters, sofern sie nicht für einen etwa vorgenommenen Ausübungsakt der Gewerbsunzucht oder für diese überhaupt sich als Bedingung darstellt, wenigstens Bedingung ist für die von ihm gewollte Ausübung des unzüchtigen Gewerbes der Dirne — Bedingung in dem Sinne, daß die in concreto geförderte, wenn auch nicht verwirklichte Unzuchtsausübung, falls sie verwirklicht worden wäre, als untrennbar von der Gehilfenhandlung des Zuhälters erschiene, so daß jene entfiele, wenn diese hinweggedacht würde. Die Gedankenoperation, welche erforderlich ist, um die Kausalität der Tat und ihre Zurechenbarkeit zur Schuld festzustellen, besteht in der Ermittelung des objektiven Kausalzusammenhanges der Handlung mit dem Erfolge, den sie für die Ausübung des Unzuchtgewerbes hat, und in der Vergleichung mit der im Willen des Täters gelegenen Kausalität. Das Hurengewerbe, dessen Ausübung der Zuhälter gefördert hat und dessen Ausübung er fördern wollte, muß ein und dasselbe sein. Darüberhinaus ist eine Kongruenz der durch den Kausalverlauf bedingten und der vom Täter ge-

---

[49]) Es bedarf nicht des Eingehens auf die verschiedenen Kausalitätstheorieen, weder auf diejenige v. Buris, welcher alle Einzelkräfte, die für die Entstehung einer Erscheinung wirksam gewesen sind, als gleichwertige Ursachen auffaßt, noch auf die seiner Gegner, welche zwischen Bedingung und Ursache i. e. S. unterscheidend, die letztere als die positiven Bedingungen in ihrem Übergewicht über die negativen (Binding, Normen I § 17 S. 116), als die wirksamste (Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 17, 58), letzte (Ortmann, Goltd. 1875 S. 286), den regelmäßigen Verlauf ablenkende (v. Bar, Kausalzusammenhang S. 11) definieren. In diesem Sinne enthält die Förderung eine Verursachung selbstverständlich nicht. Ein Kausalzusammenhang mit dem Erfolge wird aber auch bezüglich der Bedingungen, die nicht als Ursache i. e. S. angesprochen werden, von keiner Seite geleugnet, auch nicht seitens der adäquaten Theorie. (v. Kries, Z IX 532.)

wollten Ausübungsart dieſes Gewerbes nicht zu erfordern. Der Prüfung, ob Kauſalität vorliegt, unterſteht die Handlung des Täters als Ganzes. Enthält dieſe zugleich fördernde und hemmende Momente, ſo ſind dieſelben gegeneinander abzuwägen; nur wenn die erſtern überwiegen, iſt die Förderung poſitiviert und eine Bedingung der Ausübung des unzüchtigen Gewerbes hergeſtellt. Zur Förderung gehört auch die Beſeitigung von Hinderniſſen.

Soweit erſichtlich, iſt nur von einer Seite behauptet worden, daß die Förderung eines Erfolgs zu demſelben in keinem Kauſalverhältnis ſtehe. Haupt[50]) nämlich unterſcheidet die urſächliche von der förderlichen Beziehung und leugnet, indem er den Entwurf zu § 49 St.G.B., wonach die Beihilfe in der Erleichterung oder Beförderung des Verbrechens eines andern beſteht, wieder zu Ehren bringen will, daß der Gehilfe eine Bedingung zur Verbrechensverwirklichung ſetze. Will man aber mit der Entſtehungsgeſchichte des § 49 cit. argumentieren, ſo braucht man nur etwas weiter zurückzugehen, um zu finden, daß ihr die Hauptſche Unterſcheidung von „urſächlich" und „förderlich" fremd iſt. Der Entwurf eines Preußiſchen Strafgeſetzbuchs von 1843 verlangt nämlich der damals herrſchenden Lehre entſprechend für den „Hauptgehilfen" eine ſolche Hilfeleiſtung „ohne welche unter den vorhandenen Umſtänden das Verbrechen nicht hätte begangen werden können". Von jeder, insbeſondere auch von dieſer für die Verbrechensverwirklichung kauſalen Beihilfe wird dort ferner erfordert, daß ſie geleiſtet iſt „zur Ausführung des Verbrechens oder um dieſe zu befördern". Die urſächliche Beihilfe iſt dieſem Geſetzentwurf nur eine Art der Beförderung der Haupttat, während Haupt beides als gegenſätzlich behandelt[51]). Wenn gegenwärtig in der Lehre von der Beihilfe

---

[50]) Beiträge zur Lehre von der Teilnahme, Z XV 213. „Neben den Begriff „urſächlich" ſtellen wir den Begriff „förderlich" und ſagen: wer zu einem Verbrechen Hilfe leiſtet, braucht nicht eine Bedingung der Verbrechensverwirklichung zu erfüllen; es genügt, wenn er dieſelbe erleichtert oder befördert hat." „Wie die Frage, ob ein Ereignis ohne ein vorausgegangenes andres Ereignis eingetreten ſein würde, auf das urſächliche Verhältnis der Ereigniſſe, ſo geht die Frage, ob ein Ereignis ohne ein vorausgegangenes anderes Ereignis mit gleicher Leichtigkeit ſich verwirklicht haben würde, auf das Beſtehen einer förderlichen Beziehung zwiſchen beiden Ereigniſſen."

[51]) §§ 63 Nr. 3, 70 des Entwurfs v. 1843. Siehe Motive zum Entwurf eines St.G.B. f. d. Nordd. Bund, Berlin 1869 Seite 88.

es nicht für wesentlich erachtet wird, ob die Haupttat durch die Hilfeleistung bedingt ist, so geschieht dies nicht, weil, wie Haupt will, die Förderung als solche des Kausalzusammenhanges mit dem geförderten Erfolg entbehre, sondern weil die Beihilfe eine Förderung des beabsichtigten Erfolgs nicht voraussetze[52]). Indem Haupt unterscheidet, ob ein Ereignis ohne ein andres sich überhaupt nicht oder nicht mit gleicher Leichtigkeit verwirklicht haben würde, mißt er die Kausalität an einem fingierten Tatbestande, der weder mit dem konkreten Geschehnis noch mit der dem Willen des Täters zu Grunde liegenden Vorstellung desselben identisch ist, und gibt sie, da es in concreto ein „Ob" ohne ein „Wie" nicht gibt, der Willkür preis. Erscheint also diese Unterscheidung unhaltbar, so muß ebensowohl in der Ermöglichung wie in der Erleichterung der Ausübung des Unzuchtgewerbes eine Förderung desselben erblickt werden.

Ist das Unzuchtgewerbe ausgeübt worden, so stellt sich die Mitwirkung des Zuhälters als selbständig strafbare Beihilfe zu einer möglicherweise straflosen Haupttat dar. Ist aber seine Handlung nicht mitbedingend gewesen für die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes, obgleich sie deren Möglichkeit gesteigert oder sogar hergestellt hat, so charakterisiert sie sich als Versuch der Beihilfe. Es ist also die Beihilfe zur Ausübung der gewerbsmäßigen Unzucht bereits im Stadium des Versuches zum selbständigen Vergehen erhoben. Anders verhält es sich zum Beispiel bei der Beförderung der Desertion, der Beförderung der Befreiung eines anvertrauten Gefangenen und dem Behilflichsein zur Selbstbefreiung eines Gefangenen, bei welchen Vergehen beziehungsweise Verbrechen der Versuch strafbar ist[53]). Diesen Fällen wohnt die Eigentümlichkeit inne, daß die fördernde und die Haupthandlung vom Versuch bis zur Vollendung in gleichem Gange fortschreiten, so daß beispielsweise die Beförderung der Desertion erst mit der Desertion selbst vollendet ist. In § 181a stellt sich aber das Gesetz auf den entgegengesetzten Standpunkt, es läßt die Zuhälterei der geförderten Ausübung des Unzuchtgewerbes vorauseilen und sich selbständig vollenden. Denn die Handlungen der Dirne, zu deren Erfolg der Zuhälter helfen will, können, da die bloße

---

[52]) Letzterer Ansicht das Reichsgericht und Olshausen § 49 N. 8.

[53]) §§ 141, 347 Abs. 1, 120 St.G.B.

Ermöglichung oder Erleichterung bereits strafbar ist, im Reiche der Ideen bleiben; zu den Gewerbsakten aber, welche das vom Gesetz erforderte Vorhandensein eines unzüchtigen Gewerbes herstellen, braucht der Zuhälter nichts beigetragen zu haben. Kann man also auch den Versuch und die Vollendung der Beihilfe zur Gewerbsunzucht zwar nach der deliktischen Seite hin unterscheiden, so ist doch dieser Unterschied in derjenigen Ausgestaltung, welche bei dem im zweiten Mischthatbestande des § 181 a behandelten Vergehen begegnet, verloren gegangen. Nur die richterliche Strafzumessung vermag also der inneren Verschiedenheit, welche vollkommen bestehen bleibt, gerecht zu werden.

3. An die Schwelle der Willensbildung führt uns das Gesetz in zweien seiner Merkmale, die wir alternativ nebeneinandergestellt finden: Gewohnheitsmäßigkeit und Eigennutz.

Soll die Zuhälterei Gewohnheitsvergehen sein, so muß sie sich darstellen als das Ergebnis eines eingewurzelten Hanges zur Förderung der Gewerbsunzucht, als ein Verhalten, welches einem im Seelenleben des Täters nach längerer Entwicklung übermächtig gewordenen Vorstellungskreise entspringt. Dieser kupplerische Hang muß sich mehr als einmal betätigt haben, so daß eine Kontinuität mehrerer Handlungen vorliegt, die nunmehr als tatgewordene Äußerungen jenes Vorstellungskreises, als ein Komplex von Sinnesvorstellungen, Entschlüssen und bewußten Handlungen erscheinen[54]). Hat sonach die Gewohnheit im Seelenleben des Täters ihren Ursprung und Sitz, so erscheint sie als ein Bestandteil der Individualität, als eine psychische Eigenschaft. Gewohnheitsmäßigkeit ist aber eine Eigenschaft der Handlung, die sich ergibt aus der auf die Handlung bezogenen Gewohnheit.

Die Gewohnheitsmäßigkeit erfüllt in Ansehung der zuhälterischen Kuppelei eine doppelte Funktion, indem sie erstens die wiederholte, sonst[55]) straflose Normübertretung strafbar macht[56]), und zweitens die verschiedenen Delikte zur Vergehenseinheit zu-

---

[54]) Auf die sonstigen Bestandteile der Gewohnheit (Reize, Empfindungen, Erinnerungsbilder, Triebe und unbewußte Körperbewegungen) einzugehen ist hier nicht der Ort.

[55]) Falls nicht das Strafbarkeitsmerkmal des Eigennutzes vorliegt.

[56]) Sie ist hier „Qualifikationsmoment der einzelnen Delikte, Tatbestandsmerkmal aber allein des Verbrechens". Binding, Handbuch I S. 549.

sammenfaßt. Die erste Funktion ist ohne weiteres in der Aufstellung der für das Delikt nicht wesentlichen Gewohnheitsmäßigkeit als Merkmal des zweiten Mischtatbestandes enthalten, die zweite folgt nicht nur aus dem allgemein gefaßten Ausdruck „sonst förderlich ist", sondern auch aus dem Parallelismus zu der die Handlungen der Dirne umfassenden Gewerbseinheit und aus der allgemeinen Tendenz der neueren Gesetzgebung[57]). Jedes Delikt der zuhälterischen nicht aus Eigennutz verübten Kuppelei wird nur in seiner Koordination mit anderen Delikten derselben Art[58]) für den Tatbestand des Gewohnheitsvergehens verwertbar; erst wenn dieses vorliegt, ist Strafe verwirkt. Durch die Aufstellung der Gewohnheitsmäßigkeit als Tatbestandsmerkmal der zuhälterischen Kuppelei rückt die ganze Koordination von Delikten in den Tatbestand des einen Vergehens ein. Dem Komplex, nicht der einzelnen Handlung, gilt die Strafe; dies führt zu wichtigen, weiter unten besprochenen Folgen auf prozessualem Gebiete, besonders hinsichtlich der im Urteil nicht berücksichtigten Fälle. Gleichwohl bildet jeder Einzelakt eine deliktisch selbständige Handlung; er kann daher ein Element des Kollektivvergehens nur dann sein, wenn seine deliktische Natur bereits anerkannt war, als er begangen wurde. „Eine kriminelle Berücksichtigung vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begangener Handlungen ist schlechterdings unstatthaft"[59]).

Während die Gewohnheit der mit ihr behafteten Person nicht bewußt zu sein braucht, kennzeichnen sich die Motive einer Handlung als bewußte Zweckvorstellungen. Der Eigennutz ist ein zum Strafbarkeitsmerkmal erhobenes Motiv. Es genügt also nicht, daß der Handelnde sich bewußt ist, ihm werde aus der Tat ein Vorteil erwachsen, den er vielleicht nicht wünscht und lieber ablehnen würde, sondern es muß ein die Handlung mitbestimmendes Streben nach einem Vorteil vorhanden sein, damit sie „aus" Eigennutz begangen ist. Ferner ist zu betonen, daß nicht das subjektive Moment allein entscheidet. Nicht alles, was der Täter sich als ihm nützlich vorstellt, erfüllt den Begriff des Nutzens; vielmehr muß das Erstrebte der objektiven Betrachtung als materielle Verbesserung erscheinen. Als solche stellt sich beispielsweise weder

[57]) Binding, Handbuch I S. 551 Note 13. Olshausen, § 260 Note 1.

[58]) Diesen kann das Strafbarkeitsmerkmal des Eigennutzes hinzutreten. Siehe unten S. 221.

[59]) Binding a. O. S. 249, vgl. S. 552 N. 15.

jede Bequemlichkeit[60]), noch unsres Erachtens der Beischlaf mit einer Prostituierten dar, mag er gegen Entgelt oder auch ohne solchen vollzogen werden[61]). Ob man weitergehend das Motiv auf die Erlangung von Vermögensgewinn einengen darf, ist streitig; wir möchten, da der Zweck des Gesetzes nichts Abweichendes ergibt, der Wortauslegung gemäß jeden ökonomischen Nutzen zulassen[62]), womit Analogieen entfallen, die dem Gebiet der Vermögensverbrechen entnommen sind. Daher genügt auch die auf Realisierung einer sonst uneinbringlichen Forderung gerichtete Absicht. Dagegen reicht es nicht hin, daß die Handlung an sich betrachtet einen Nutzen ergeben soll, sondern ihre Beziehung auf das unzüchtige Gewerbe[63]), welches durch sie gefördert wird, muß den Zusammenhang auch mit dem Nutzen vermitteln. Eine solche Beziehung fehlt für die Handlung wie für den Nutzen, wenn z. B. ein Heilgehilfe die Dirne kuriert oder wenn ein Quartierwirt ihr eine zur Unzucht nicht zu benutzende Wohnung vermietet, ohne daß ihr um der Dirnenqualität willen mehr abverlangt würde, als achtbaren Leuten. Die Verwirklichung des erstrebten Nutzens ist nicht erforderlich, ihre Bedingtheit und der Grad ihrer Wahrscheinlichkeit sind nebensächlich.

IV. Zuhälterei besondern Charakters.

A. Besonderheiten der Verbrechensart.

Das Gesetz stellt zwei geschärfte Unterarten des Zuhältereivergehens auf. Die erste trägt der düsteren Erscheinung der Zuhälterehe Rechnung. Nur eine formell bestehende Ehe wird vorausgesetzt[64]), ob sie anfechtbar oder nichtig ist, hat keine Bedeutung; jedoch muß ein formeller Eheabschluß vorliegen. Ein solcher fehlt bei Mängeln nach § 1324 Abs. 1 B.G.B.

Die zweite Qualifikation besteht in dem Anhalten der Dirne zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes unter Anwendung von

---

[60]) Übereinstimmend die Urteile des Reichsgerichts E. 25 S. 143, 26, 41.

[61]) Anders der höchste Gerichtshof E. 16, 56.

[62]) Ebenso das Reichsgericht R. 4, 810, E. 9, 129, 16, 56. Die Dissentienten, denen Binding, Grundriß II § 155 R. 102 hinzutritt, siehe bei Olshausen § 180 R. 11.

[63]) Derselben Ansicht Heilborn, S. 280, Jaffa, S. 492.

[64]) Olshausen, § 171 R. 3, 4.

Gewalt oder Drohungen. Sie gestaltet das einfache zum zusammengesetzten Verbrechen. Während nämlich das Gattungsverbrechen nur ein Delikt zur Grundlage hat, bedingt diese Qualifikation zwei Delikte: ein Polizeidelikt, welches je nach dem Vorliegen des ersten oder des zweiten Mischtatbestandes zu bestimmen ist, und ein Delikt gegen die Freiheit. Einem der beiden Mischtatbestände muß die Qualifikation sich anreihen. Erforderlich ist also stets eine Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt. Wer vergebens eine weibliche Person unter Drohungen zu bestimmen sucht, sich der Prostitution zu ergeben, ist nicht als Zuhälter strafbar[65]). Erforderlich ist ferner, daß der Täter von der Dirne im Sinne des ersten Mischtatbestandes ausgehalten wird, oder daß er sich der zuhälterischen Kuppelei im Sinne des zweiten Mischtatbestandes gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz schuldig macht.

Unter „Anhalten" verstehen wir eine Einwirkung auf die Willensentschließung. Diese Beeinflussung offenbart ihren Angriffscharakter im vorliegenden Delikt durch die Anwendung von Gewalt oder Drohungen. Die Gewalt aber erscheint hier nur als Ausdruck der Drohung[66]). Denn ein gewaltsames Unmöglichmachen der Willensbildung oder Willensbetätigung kann hier um deswillen nicht in Frage kommen, weil durch die Gewalt eine Ausübung des unzüchtigen Gewerbes, also ein Willensakt herbeigeführt werden soll. Dies zu bewirken aber vermag nicht die Gewalt als solche, sondern nur die in ihr liegende Drohung mit Fortsetzung oder Wiederholung der Gewalt.

Da die Drohung sich nur auf das Anhalten zur Gewerbsausübung bezieht, so bedarf es nicht eines Zwanges zur Verabfolgung des Lebensunterhaltes oder zur Verwirklichung des eigennützigen Zweckes, um die gesetzliche Strafschärfung eintreten zu lassen. Liegt aber ein solcher Zwang vor, so konkurriert ein Vermögensverbrechen, die Erpressung, welche jedoch außerdem die Absicht widerrechtlicher Bereicherung voraussetzt, so daß lediglich ökonomische Vorteile nicht Objekt des Erpressungsvorsatzes sein können. — Mit der Nötigung hat das „Anhalten" die Richtung

[65]) Nötigungsversuch und Kuppelei, auch vollendete, können gegeben sein und konkurrieren unter sich ideal.

[66]) Wegen des Verhältnisses von Gewalt und Drohung im allgemeinen: Binding, Lehrbuch I S. 82 ff.

gegen den Willen als solchen gemeinsam. Da es sich bereits durch den Angriff vollendet, so würde es gegenüber der durch die Übertretung des Nötigungsverbotes begangenen Verletzung des angegriffenen Rechtsguts nur eine subsidiäre Bedeutung beanspruchen können, wenn nicht die hohe Strafsatzung ergäbe, daß es in seiner Verbindung mit dem Zuhältereidelikt nicht mehr als bloße Vorstufe der Nötigung in Betracht kommen kann. Vielmehr erscheint die gegen die letztere gerichtete Strafandrohung als konsumiert[67]) und die vollendete Nötigung nur als eine bei der richterlichen Strafzumessung zu würdigende Verstärkung der zweiten Qualifikation des Zuhältereivergehens.

B. Besonderheiten des Verbrechensfalles.

Anstiftung und Beihilfe zur Zuhälterei unterstehen den allgemeinen Regeln. Insbesondere kann sich eine Frauensperson der Teilnahme in diesen Formen schuldig machen, auch setzt die Beihilfe zur zuhälterischen Kuppelei ein gewohnheitsmäßiges oder eigennütziges Handeln auf Seiten des Gehilfen ebensowenig voraus, wie die Beihilfe zur ausbeuterischen Zuhälterei eine gewerbsmäßige Absicht des Gehilfen. Der Dirne kann eine strafbare Anstiftung oder Beihilfe zu der ihr selbst gegenüber begangenen Zuhälterei nicht zur Last fallen, weil die zuhälterische Gemeinschaft die notwendige Teilnahme der Dirne bedingt, diese aber straflos gelassen, anderseits die zuhälterische Kuppelei selbst Beihilfe zur Unzuchtsausübung der Dirne und deren eigne Anstiftungs- oder Gehilfenhandlung zu jener Beihilfe des Zuhälters mangels Strafbarkeit ihrer Haupthandlung nicht zu strafen ist. Dieser Grundsatz der Subsidiarität der Verbrechensformen[68]) findet auch auf den Anwendung, der mit der Dirne Unzucht treibt. Er wird im allgemeinen nicht Gehilfe des Zuhälters, nur müssen wir auf einen eigenartigen[69]) Fall hinweisen. Hat nämlich der Zuhälter die Dirne unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes angehalten, so kann

---

[67]) Über Konsumtion einer Strafdrohung durch die andre s. Binding, Handbuch I § 77, S. 363 ff. In unserm Falle nimmt Heilborn (S. 281) Idealkonkurrenz mit Nötigung an.

[68]) Binding a. O. S. 360.

[69]) Einen ähnlichen Fall hat Binding bezüglich der hinterlistigen Kuppelei signalisiert. (Handbuch I S. 361 Anm. 15.)

sich die Person, welche mit der Dirne Unzucht treibt, der Anstiftung oder Beihilfe zum Zuhältereivergehen durch Teilnahme an dem gegen den Willen als solchen gerichteten Delikt in strafbarer Weise schuldig machen.

Der Versuch ist straflos. Hinsichtlich der zuhälterischen Kuppelei erachten wir überdies einen tauglichen Versuch für nicht denkbar, weil das Vergehen selbst sich auch des Versuchstadiums bemächtigt hat. Bereits durch den Anfang der Ausführung einer förderlichen Tätigkeit wird der Kausalverlauf in der Richtung auf das Unzuchtgewerbe und auf dessen Ausübung in Bewegung gesetzt, es werden damit Bedingungen für die Prostitution hergestellt. Fehlt es hieran, so liegt nur eine Vorbereitungshandlung vor. Anders bei der Kuppelei, bei welcher ein Versuch um deswillen denkbar ist, weil die begonnene Vorschubleistung noch nicht den Anfang der Ausführung der Vermittelung, der Gewährung oder der Verschaffung von Gelegenheit, geschweige denn die Verwirklichung dieser gesetzlich erforderten Begehungsmittel zu enthalten braucht, so daß man z. B. durch den Anfang der Ausführung der Verschaffung von Gelegenheit, etwa durch erfolglose Verhandlungen über die Miete eines Absteigequartiers behufs eigennütziger Förderung fremder Unzucht Kuppelei versuchen kann.

V. Delikts- und Verbrechens-Einheit und Mehrheit.

A. Innerhalb des Gebietes der Zuhälterei.

1. Die bereits besprochenen Fälle und die Konkurrenz innerhalb des Gebiets der eigennützigen zuhälterischen Kuppelei.

a) Die Betrachtung der gesetzlichen Merkmale des ersten Mischtatbestandes hat ergeben, daß demselben ein eigenartiges Delikt zu Grunde liegt. Es ist verboten, mit einer Dirne als solcher Gemeinschaft zu pflegen, und ein Strafanspruch entsteht, wenn dieser Gemeinschaft eine Ausbeutung entquillt, die nicht nur gewerbsmäßig, sondern sogar auf das gänzliche oder partielle Beziehen des Lebensunterhaltes gerichtet ist. Mehrere Handlungen, durch welche ausbeuterische Zuhälterei begangen wird, gestalten sich sowohl um der Gewerbsmäßigkeit, wie auch schon um deswillen zur Verbrechenseinheit, weil in der zuhälterischen Gemeinschaft, obzwar dies Verhältnis durch mehrere Delikte hergestellt und aufrechterhalten

werden kann, die Wesenseinheit des Verbrechens liegt (oben Note 43 ff.).

b) Ein solches Gemeinschaftsverhältnis gehört nicht zu den Deliktsmerkmalen der im zweiten Mischtatbestande unter Zugrundelegung des Kuppeleiverbots geformten Verbrechensart, gibt aber gerade den gesetzgeberischen Grund für die Pönalisierung einer neuen Qualifikation des Kuppeleidelikts ab, läßt die Förderung der Prostitution im wesentlichen als Mittel der durch den Verdienst der Dirne bedingten Ausbeutung erscheinen und hat, wo es vorhanden ist, die Bedeutung, daß, wenn gleichzeitig beide Tatbestände verwirklicht sind, die Delikte der zuhälterischen Kuppelei um ihres zuhälterischen Charakters willen sich mit der Ausbeutung der Dirne zur Verbrechenseinheit zusammenfügen. Dies ist bereits oben des näheren ausgeführt worden (Note 28 ff.).

c) Im zweiten Mischtatbestande haben wir zwei Unterarten der zuhälterischen Kuppelei zu unterscheiden: die gewohnheitsmäßige und die eigennützige. Ist lediglich gewohnheitsmäßig delinquiert, so steht, wie wir bereits ausgeführt haben, die Verbrechenseinheit außer Frage (oben Note 57 ff.).

d) Weniger einfach liegt der Fall, wenn zuhälterische Kuppelei nicht gewohnheitsmäßig, aber aus Eigennutz verübt ist. Hat der Zuhälter den Entschluß, eine und dieselbe Unzuchtsausübung zu fördern, durch mehrere Akte stufenweise verwirklicht, so bilden dieselben ein einheitliches fortgesetztes Delikt und stellen sich daher als Verbrechenseinheit dar. Bezieht sich aber die Förderung auf mehrfache Ausübung des unzüchtigen Gewerbes, so liegt Verbrechenseinheit jedenfalls dann vor, wenn die an sich selbständigen Handlungen zugleich als Herstellung oder Betätigung einer zuhälterischen Gemeinschaft erscheinen, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem das Vorhandensein einer solchen Gemeinschaft bei Verwirklichung beider Mischtatbestände Verbrechenseinheit bedingt.

Fehlt es jedoch an einer zuhälterischen Gemeinschaft, so wird zur Annahme der Verbrechenseinheit die Erwägung führen, daß nicht nur der Name „Zuhälter" auf ein ganzes Verhalten gemünzt, sondern auch die Definition der verbrecherischen Handlung („in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewähren oder sonst förderlich sein") derart gefaßt ist, daß sie ein solches Verhalten zu umspannen vermag und die Gleichgültigkeit

des Gesetzgebers gegen Deliktseinheit oder -mehrheit[70]) erkennen läßt. Ein derartiges fortgesetztes Verbrechen erfordert zunächst Einheit des Objekts der eigennützigen Förderung, also sowohl Identität der Dirne, als auch Einheit ihres Unzuchtgewerbes[71]). Die letztere kann aufgehoben werden, wenn sich z. B. die Dirne zeitweise ehrlichem Erwerbe zuwendet, unter Umständen auch wenn sie ihren Wohnsitz wechselt. Ferner setzt die fortgesetzte Zuhälterei die Einheit der Deliktsreihe voraus. Hat also die Zuhälter wegen anderer Straftaten eine längere Freiheitsstrafe verbüßt, so werden sich die vor- und nachher begangenen Zuhältereidelikte als zwei Deliktsreihen und demgemäß als zwei real konkurrierende Verbrechen darstellen.

2. Die gewohnheitsmäßige und die eigennützige zuhälterische Kuppelei in Verbindung miteinander.

Der einzige Fall im Gebiete der Zuhälterei, welcher noch zu erörtern bleibt, nämlich das Zusammentreffen der gewohnheitsmäßigen und der eigennützigen Förderung der Gewerbsunzucht, ist auf dem Gebiete der gemeinen Kuppelei, welche die gewohnheitsmäßige und die eigennützige Förderung der Unzucht betrifft, Gegenstand einer Kontroverse geworden.

In Anlehnung an Binding[72]) haben wir bereits oben entwickelt, daß die verschiedenen in §§ 180 und 181 St.G.B. aufgestellten Tatbestände sowie der zweite Mischtatbestand des § 181a nur Qualifikationen des in seiner einfachen Form straflosen Gattungsdelikts der Kuppelei darstellen, durch deren Zusammentreffen in einer Handlung die Deliktseinheit demnach nicht beeinträchtigt werden kann. In solchem Falle liegt Gesetzeskonkurrenz in der später genauer zu erörternden Form der Alternativität vor. Dies gilt insbesondere auch beim Zusammentreffen der in § 181a gegenübergestellten Strafbarkeitsmerkmale der Gewohnheitsmäßigkeit und des eigennützigen Motivs. Ist die Gewohnheitsmäßigkeit festgestellt, so ist damit, wie wir bei deren Betrachtung ausgeführt haben, für das Verbrechen das Einheitsurteil gefällt. Jenes kann nunmehr von den Delikten, die es umfaßt, keines mehr

---

[70]) Vgl. Binding, Handbuch I S. 544, 556, über das fortgesetzte Delikt und Verbrechen.

[71]) Andernfalls Realkonkurrenz.

[72]) Oben Note 19 und 20.

zur Verwertung für ein selbständiges Verbrechen preisgeben. Tritt also das Strafbarkeitsmerkmal des Eigennutzes einem oder mehreren der fraglichen Delikte hinzu, so vermag dieser Umstand der durch die Gewohnheitsmäßigkeit hergestellten Verbrechenseinheit keinen Abbruch zu tun; seine Bedeutung ist auf das Gebiet der Strafzumessung beschränkt.

Derselben Auffassung war auch früher der höchste Gerichtshof. Der III. Strafsenat legte sie einem Urteil vom 18. Dezember 1880[73]) zu Grunde und hielt in einer Entscheidung vom 1. März 1882[74]) an ihr fest, indem er die eigennützige und gewohnheitsmäßige Verkuppelung „fremder Mädchen" durch die Angeklagte als Kollektivvergehen der gewohnheitsmäßigen Kuppelei unter Berücksichtigung des Eigennutzes als eines Strafzumessungsgrundes behandelte und insoweit das erstinstanzliche Urteil bestehen ließ.

In entgegengesetztem Sinne erkannten am 10. November 1882 der zweite und am 21. Dezember 1883 der Erste Strafsenat des Reichsgerichts[75]). Sie nahmen an, daß der III. Senat in seinem Urteil vom 1. März 1882 die frühere Ansicht verlassen habe. Soweit aber aus der Entscheidung, wie sie im 6. Bande S. 132 abgedruckt ist, hervorgeht, war dies, wie gesagt, nicht der Fall. Der III. Senat hatte es nur abgelehnt, die neben der eigennützigen und gewohnheitsmäßigen Verkuppelung „fremder Mädchen" inkriminierten mehrmaligen Verkuppelungen der „leiblichen Töchter" der Angeklagten unter sich und mit dem nach § 180 zu strafenden Vergehen zu einem Kollektivverbrechen zusammenzufassen. Hierbei war erwogen, daß die Strafe im Fall und wegen der gewohnheitsmäßigen Begehung nicht milder sein könne, als wenn dieselben Handlungen nicht gewohnheitsmäßig begangen wären, da der Gesetzgeber dem Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit überall eine strafbarmachende oder straferhöhende Bedeutung beigelegt habe.

Diesen Erwägungsgrund, den der III. Senat für das Verhältnis der gewohnheitsmäßigen zur eigennützigen Kuppelei nicht hatte gelten lassen — denn sonst hätte das erstinstanzliche Urteil

---

[73]) R. 2 S. 651.
[74]) E. 6 S. 132.
[75]) E. 7 S. 229; 10 S. 22.

auch hinsichtlich der als Vergehenseinheit behandelten Verkuppelung der fremden Mädchen aufgehoben werden müssen — nahmen der II. und I. Senat zum Ausgangspunkte. Sie führen aus, daß die Tatbestände der gewohnheitsmäßigen und der eigennützigen Kuppelei durchaus selbständig seien und daher neben der gewohnheitsmäßigen Kuppelei eine Mehrheit von Fällen eigennütziger Kuppelei eine selbständige Bedeutung beanspruchte, so daß die Realkonkurrenz solcher Fälle durch die ideale Konkurrenz mit gewohnheitsmäßiger Kuppelei nicht beseitigt werden könne. Die Annahme der Deliktseinheit[76]) bei der Gewohnheitskuppelei nötige nicht, diese Annahme und deren Folgen auf das Gebiet der Kuppelei aus Eigennutz zu übertragen, in welchem die Selbständigkeit der mehreren Handlungen und ihre Unterordnung als solcher unter das Strafgesetz nicht ausgeschlossen sei. Die Gewohnheitsmäßigkeit dürfe nicht als gesetzlicher Strafmilderungsgrund gelten.

Es sei einmal unterstellt, daß die gewohnheitsmäßige und die eigennützige Kuppelei in Idealkonkurrenz treten könnten; alsdann wird man daneben die Annahme der Realkonkurrenz für die Fälle der eigennützigen Kuppelei unter sich nicht aufrecht erhalten können. Sobald man nämlich anerkennt, daß die Delikte als gewohnheitsmäßig begangene Handlungen eine Verbrechenseinheit darstellen — und dies ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts — so ergibt sich, daß die Verbrechensmehrheit im Lichte der die lediglich eigennützige Kuppelei betreffenden Tatbestandsnormierung unter diesen Umständen nur eine fiktive ist, daß sie nur vorhanden sein würde, wenn sie sich auch im Lichte der das Kollektivvergehen betreffenden Definition zeigen könnte. Kann also die Verbrechensmehrheit nur bedingt bejaht werden, so folgt, daß nicht unbedingt mehrere Strafen verwirkt sind. Der § 74 St.G.B. verlangt dies aber schlechthin.

Wenn sich nun aber der höchste Gerichtshof darauf stützt, daß bei Zusammentreffen gewohnheitsmäßiger und mehrfacher eigennütziger Kuppelei in einer und derselben Handlung die Ausschließung des § 74 dazu führen würde, die Gewohnheitsmäßigkeit

[76]) U. E. liegt Verbrechenseinheit, Deliktsmehrheit und Gesetzeskonkurrenz der verschiedenen Qualifikationen vor. wir werden aber die Ausführungen des I. und II. Strafsenats von deren eignen Standpunkt aus prüfen und der Kontroverse entsprechend dieselbe an der gemeinen Kuppelei, statt an der Zuhälterei erörtern.

als einen gesetzlichen Strafminderungsgrund zu behandeln (E. 7 S. 229 ff.), so ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Die Strafminderung fällt in den Rahmen der Strafzumessung, diese aber setzt voraus, daß zunächst das Strafgesetz ermittelt wird, aus welchem die Strafe zu verhängen ist. Wird letzteres in der gegen das Kollektivdelikt gerichteten Strafbestimmung gefunden, so ist diese der Strafzumessung zu Grunde zu legen. Sie enthält aber das Element der Gewohnheitsmäßigkeit als Tatbestandsmerkmal, so daß dasselbe als Strafminderungsgrund nicht in Frage kommen kann. Dieser Ausdruck ist also irreführend. Was aber die Sache selbst anlangt, so ist die Konsequenz, mehrere Handlungen, die in eigennütziger Kuppelei bestehen, nicht mit einer Gesamtgefängnisstrafe bis zu zehn Jahren gemäß § 74 St.G.B. belegen zu können, nicht maßgebend. Das Absorptionsprinzip des § 73 hat solche unerwünschten Konsequenzen auch in andrer Richtung, welche die Mängel des Prinzips darlegen, für die Gesetzesanwendung aber nicht Richtschnur sind. Zum Beispiel war bis zum Inkrafttreten der Novelle vom 27. Dezember 1899 die fahrlässige Transportgefährdung gemäß § 316 St.G.B. ausschließlich mit Gefängnis bis zu einem Jahr bedroht, während die qualifizierte fahrlässige Körperverletzung nach § 230 daselbst mit Geldstrafe bis zu 900 Mk. oder mit Gefängnis bis zu drei Jahren bedroht ist. Bei Idealkonkurrenz beider Delikte konnte, da § 230 als das schwerere Strafgesetz anzuwenden war, eine Geldstrafe verhängt werden, während, falls nicht zugleich dem § 230 zuwidergehandelt war, auf Freiheitsstrafe erkannt werden mußte[77]). Ähnliche Konsequenzen ergeben sich für die Nebenstrafe der Unfähigkeit zum Eisenbahndienst aus §§ 230 Abs. 2, 316 Abs. 2, 319, 73[78]), für Hausiersteuerdelikte[79]) usw., so daß in den einzelnen Fällen, soweit Idealkonkurrenz angenommen wird[80]), eine Handlung, die mehrere Strafgesetze verletzt, milder bestraft werden kann, als sie bestraft werden müßte, wenn sie nur eines von denselben Strafgesetzen, nämlich dasjenige verletzte, welches zwar nicht die schwerste Strafe androht, aber mildere Strafarten ausschließt oder Nebenstrafen allein zuläßt. In Bezug auf die letztern gestaltet sich sogar der im übrigen durch

[77]) R. 7, 256. E. 24, 58.
[78]) E. 5, 420.
[79]) E. 8, 84.
[80]) Dies ist der Standpunkt des höchsten Gerichtshofs.

die Strafzumessung abzuwendende Vorteil für den Angeklagten zu einem „Muß". Erscheint dies auch höchst bedenklich, so können doch laut der einer Entscheidung der vereinigten Strafsenate[81]) beigegebenen Begründung „derartige Erwägungen dem unbedingten Gebotsgesetz gegenüber eine Bedeutung für den Richter nicht beanspruchen", „das Prinzip der absoluten Exklusivität des härtesten Strafgesetzes ist wegen des unbedingten Gebots des § 73 das allein zulässige". Die Anwendung dieses Grundsatzes dürfen wir für unsern Fall mit demselben Rechte in Anspruch nehmen, zumal sich ein Bedürfnis, mehrere Fälle der einfachen Kuppelei mit Gesamtstrafen von mehr als fünf Jahren Gefängnis zu belegen, wohl nirgend gezeigt hat. Betreffen doch auch diejenigen Entscheidungen, in denen das Reichsgericht Konsequenzen aus dem zulässigen Höchststrafmaß zieht, nicht etwa langjährige, sondern nur nach Monaten bemessene Freiheitsstrafen.

Indem sodann das Reichsgericht aus der Selbständigkeit der gesetzlichen Tatbestände der gewohnheitsmäßigen und der eigennützigen Kuppelei die selbständige Bedeutung einer konkreten Mehrheit von Fällen der letztern neben der erstern folgert, läßt es zwar den Umstand, daß untergebens die Fälle der eigennützigen Kuppelei innerhalb und nicht neben der gewohnheitsmäßigen Kuppelei liegen, wohl nicht aus dem Auge, geht aber von einer Petitio principii aus. Es muß erst bewiesen werden, ob und inwieweit diese Tatbestände selbständig sind. Der Unterschied beschränkt sich jedenfalls auf alternative Strafbarkeitsmerkmale, die einander sehr nahe stehen und beide bis an die Schwelle der Willensbildung hinleiten. Durch das hinzutretende Eigennutzmotiv wird die Gewohnheitsmäßigkeit in keiner Weise beeinträchtigt, vielmehr empfängt die Gewohnheit durch dasselbe einen Kraftzuwachs, ohne den der verbrecherische Entschluß im konkreten Falle vielleicht überhaupt nicht erzeugt worden wäre. Sind gleichwohl die Tatbestände selbständig, so muß sich dies am deutlichsten auf dem prozessualen Gebiete zeigen. Prüfen wir, wie es sich dort verhält.

Das gewohnheitsmäßige Verbrechen umfaßt sämtliche Delikte, in denen seine Tatbestandsmerkmale zu finden sind, und spannt seinen Rahmen so weit, daß er auch die dem Richter unbekannt

[81]) Vom 17. 4. 1882, E. 4, 180. Vgl. ferner E. 8, 84; 24, 58. R. 7, 56.

gebliebenen Fälle einbegreift. Es läßt deren spätere Verfolgung nicht zu, die den Grundsatz Ne bis in idem verletzen würde, verstattet auch vor seiner Aburteilung nicht, daß eine Einzelhandlung losgelöst zur richterlichen Kognition gebracht wird, wenn bereits wegen des Kollektivverbrechens das Hauptverfahren eröffnet ist, und erstreckt sich auch auf die nach dem Eröffnungsbeschluß bis zum Augenblicke der (für die tatsächlichen Feststellungen endgültigen) Aburteilung begangenen Delikte.

Auf dem prozeßrechtlichen Gebiete ist es daher auch unbestritten, daß, nachdem das Hauptverfahren wegen gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz begangener Kuppelei eröffnet ist, ein Einzelfall lediglich eigennütziger Kuppelei nicht aus dem zu einer Einheit verbundenen Kollektivvergehen der gewohnheitsmäßigen Kuppelei ausgeschieden und in einem selbständigen Verfahren gewürdigt und abgeurteilt werden kann[82]). Ebenso hat das Reichsgericht entschieden, daß nach rechtskräftiger Verurteilung wegen zugleich gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz begangener Kuppelei ältere, dem Gericht nicht bekannt gewordene Einzelfälle auch nicht aus dem Gesichtspunkt der eigennützigen Kuppelei der nochmaligen Bestrafung verfallen können[83]).

Diese Entscheidungen aber lassen sich nicht halten, wenn man annimmt, daß neben der gewohnheitsmäßigen Kuppelei eine Mehrheit von Fällen der eigennützigen Kuppelei eine selbständige Bedeutung beanspruche und daß das die Gewohnheitskuppelei betreffende Einheitsurteil nicht auf das Gebiet zu übertragen sei, auf welchem die Einzelhandlungen als unter sich selbständig dem Strafgesetz untergeordnet werden könnten. Bei einer derartigen Annahme sind Fälle von eigennütziger Kuppelei, die im Eröffnungsbeschluß nicht bezeichnet sind, als solche von der Urteilsfindung gemäß § 263 St.P.O. überhaupt nicht erfaßt, weil alsdann der Eigennutz nicht als ein einzelner Gesichtspunkt der gemäß § 263 daselbst nach allen Seiten hin zur Entscheidung kommenden Tat, sondern als Merkmal eines selbständigen, im Eröffnungsbeschluß nicht bezeichneten, demnach selbständiger Urteilsfindung unterliegenden Vergehens erscheinen würde.

Endlich ergeben sich, wenn man der Auffassung des Reichsgerichts folgt, nach unserm Dafürhalten unhaltbare Konsequenzen

[82]) E. 33 S. 11 ff.
[83]) E. 7 S. 229.

bei der Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände[84]). Sieht man jede Handlung für sich an, so mögen alle oder einzelne zur Annahme mildernder Umstände je nach Lage des Falles Anlaß bieten, werden sie aber als Kollektivvergehen gewürdigt, so mag hierzu ein Grund nicht gegeben sein. Erstenfalls könnte man zu einer Gesamtstrafe von weniger als einem Monat Gefängnis gelangen, obgleich, wenn die Strafe aus dem Kollektivdelikt ohne Annahme mildernder Umstände verwirkt wäre, eine Strafe von mindestens einem Monat Gefängnis verhängt werden müßte. Die reichsgerichtlichen Urteile verlangen nur die Festsetzung der wegen der selbständigen Fälle eigennütziger Kuppelei verwirkten Einzelstrafen und einer Gesamtstrafe aus denselben, berühren aber die Frage nicht, ob auch aus dem Kollektivvergehen der gewohnheitsmäßigen Kuppelei eine Strafe festzusetzen und wie das Verhältnis der hiernach verwirkten Strafe zu der Gesamtstrafe anzusehen ist. Hierfür bietet § 74 St.G.B. keine Lösung, weil er das Kollektivvergehen, das mit der eigennützigen Kuppelei ideal konkurrieren soll, als Verbrechenseinheit nicht betrifft. Ebensowenig ist aus § 73 St.G.B. hierüber etwas zu entnehmen, weil sein Gegenstand nur die Strafandrohung, nicht die verwirkte Strafe ist.

Unsern Standpunkt haben wir bereits an der Spitze dieses Kapitels dargelegt. In prozessualer Hinsicht sind wir ferner der Auffassung, daß der I. und II. Strafsenat von den Entscheidungen des III. Strafsenats abgewichen sind und daß die letztern mangels Einholung einer Entscheidung der vereinigten Strafsenate für den höchsten Gerichtshof maßgebend bleiben.

B. Verhältnis von Zuhälterei und gemeiner Kuppelei.

Die gegen die zuhälterische[85]) und gegen die gemeine[86]) Kuppelei gerichteten Strafandrohungen basieren auf der einen Norm, welche die Förderung der Unzucht verbietet. Solche Förderung ist nur strafbar, vorausgesetzt daß sie

---

[84]) Betreffs der gemeinen Kuppelei; der § 181a kennt mildernde Umstände nicht.

[85]) Zweiter Mischtatbestand des § 181a.

[86]) § 180 (einfache), § 181 (qualifizierte).

I. in drei alternativ bestimmten Begehungsformen (Vermittelung, Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit)
   a) entweder gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz,
   b) oder hinterlistig oder unter Mißbrauch eines Autoritätsverhältnisses besonderer Art,

II. ohne Rücksicht auf jene drei Begehungsformen seitens einer Mannsperson in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes einer Frauensperson gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz

vorgenommen wird.

In den sub Ia bezeichneten Fällen liegt das Vergehen der Kuppelei vor, Ib betrifft das gleichnamige Verbrechen, II ist eine Art des Vergehens der Zuhälterei.

Läßt sich eine Handlung, durch welche Unzucht gefördert wird, zugleich beispielsweise als eigennützige, vom Vater der verkuppelten Person verübte Kuppelei, sowie als Zuhälterei auffassen, so ist Idealkonkurrenz nicht denkbar, weil deren erste Voraussetzung, eine Mehrheit von Delikten, nicht vorliegt. Vielmehr haben wir es mit einem Delikt zu tun, welches zwar schon Strafe verdienen würde, wenn auch nur die Strafbarkeitsmerkmale des § 180 oder der §§ 181 oder 181a neben den Normwidrigkeitsmerkmalen realisiert wären, dessen Einheit aber durch eine Kumulation dieser Strafbarkeitsmerkmale nicht berührt wird[87]). Dasselbe ist ein Gattungsdelikt, dem aber mangels Aufstellung einer generellen Strafandrohung ein Gattungsverbrechen nicht entspricht. Vielmehr hat der Gesetzgeber unter Zuhilfenahme verschiedener Gruppen von Strafbarkeitsmerkmalen mehrere Deliktsunterarten entwickelt, an welche verschiedene Strafandrohungen geknüpft werden. Der Fall liegt also ähnlich, wie wenn ein Zusammentreffen mehrerer Qualifikationsgründe bei einer strafbaren Handlung vorliegt. In letzterem Falle halten wir Idealkonkurrenz wegen Identität der übertretenen Norm ebenfalls für ausgeschlossen. Die herrschende Meinung[88]) gelangt wegen der Einheit des Tatbestandes zu demselben Ergebnis, zu einem andern jedoch Olshausen[89]), da nach der Ausdrucksweise des Gesetzes (§ 73) eben mehrere Strafgesetze verletzt seien. Es fragt sich demnach, was in § 73 St.G.B. unter

[87]) Binding, Handbuch I S. 507, Normen I S. 190, 196, 204.
[88]) S. die bei Olshausen § 73 Note 21 Citierten.
[89]) Ebendort.

„mehreren Strafgesetzen" verstanden ist. Olshausen äußert sich hierüber an andrer Stelle (Note 15) in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht[90]) dahin: „Das Erfordernis für § 73 ist sonach, daß der einheitlichen Handlung .... erst die Anwendung „mehrerer Strafgesetze", welche in den begrifflichen Merkmalen des ihren Gegenstand bildenden Reates sich nicht decken, voll gerecht wird." Unter den begrifflichen Merkmalen des Reates sind offenbar sowohl die Normwidrigkeits- wie die Strafbarkeitsmerkmale verstanden. Es genügt aber nicht, daß die Strafbarkeitsmerkmale verschieden sind, denn dies ist auch bei Deliktseinheit möglich. Ist unter „Verletzung mehrerer Strafgesetze" in § 73 das „Enthaltensein mehrerer Verbrechen" in einer Handlung zu verstehen[91]), und kommen demnach dem § 73 nur Fälle der Deliktsmehrheit zu, wie wir Binding folgend annehmen, so muß bei ungleichartiger Idealkonkurrenz mehreren Normen zuwidergehandelt sein, die zum Tatbestande verschiedener Strafgesetze verwertet sind, und dies muß bei den letzteren in einer Verschiedenheit der Merkmale, welche das Verbrechen als im Widerspruch zu einer bestimmten Norm stehend kennzeichnen, zum Ausdruck kommen. Demnach erfordert die Anwendung des § 73[92]), daß mehrere Strafgesetze mit verschiedenen Normwidrigkeitsmerkmalen vorliegen. Damit entfallen nicht nur die geäußerten positivrechtlichen Bedenken, sondern es ergibt sich auch zur völligen Klarheit die Gleichstellung[93]) des Falles einer strafbaren Handlung, welcher mehrere Qualifikationsgründe beigegeben sind, mit unserem Falle, in welchem dem Gattungsdelikt ein Gattungsverbrechen nicht entspricht, aber Qualifikationen des ersteren in den Bereich der Strafbarkeit erhoben sind[94]).

Da demnach die Frage, welches von den sich zur Auswahl darbietenden Strafgesetzen — §§ 180, 181, 181a — Anwendung heischt, nicht aus § 73 St.G.B. zu beantworten ist, so bedarf es

[90]) I. Sen. v. 3. 5. 80 E. 2 S. 42.

[91]) Binding, Handb. I S. 572 Note 11.

[92]) Abgesehen von der gleichartigen Idealkonkurrenz.

[93]) Für die Gleichstellung: Olshausen a. O.

[94]) Köhler, (Grenzlinien), läßt den Unterschied von Strafbarkeits- und Normwidrigkeitsmerkmalen unerwähnt und müßte mangels der Unterscheidung von Strafgesetz und Norm unsre Fälle der Idealkonkurrenz einordnen. Dieser Konsequenz entgeht er durch die Kombination des Begriffs einer als einheitlich gedachten Gesetzesverletzung (S. 55) mit einer auf einheitlichem Vorsatz (S. 108) beruhenden einheitlichen Schuld. (S. 145.)

der Prüfung, ob „Gesetzeskonkurrenz" vorliegt. Der von Binding aufgestellten Einteilung nach können wir zunächst die Subsidiarität[95]) ausschließen, für welche Entstehung, Wortfassung, Zweck und Stellung des § 181a Anhaltspunkte nicht ergeben. Insbesondere kommt Subsidiarität der Normen nicht in Frage, weil allen drei Gesetzen nur eine Norm zu Grunde liegt, und Subsidiarität der Verbrechensformen nicht, weil die strafbaren Handlungen sämtlich die Förderung der Unzucht betreffen, die Verwirklichung der geförderten Unzucht aber nicht zu ihren Merkmalen zählen und daher insoweit auf einer Stufe stehen. Die Annahme eines subsidiären Verhältnisses würde auch das unbefriedigende Ergebnis haben, daß sie in jedem Falle zu einer Bevorzugung desjenigen führte, der mehrere Qualifikationen aufeinander häuft: Betrachtet man die §§ 180, 181 als dem § 181a subsidiär, so schützt der letztere den Zuhälter, der seine prostituierte Tochter verkuppelt, vor dem Zuchthause und der Geldstrafe; ist aber § 181a den §§ 180, 181 subsidiär, so schützt § 180 den Zuhälter, der seine Dirne verkuppelt, vor dem Arbeitshause, ganz abgesehen von der abstrakten Möglichkeit mildernder Umstände. — Von Konsumption kann hier ebenfalls nicht geredet werden, da es sich um gleichstehende Qualifikationen in ihrem Verhältnis zueinander handelt. Die Folgen der Konsumption wären übrigens ebenso bedenklich, wie die der Subsidiarität. — Vollends steht der den §§ 180, 181 eigentümliche Tatbestand zu dem zweiten Mischtatbestande des § 181a nicht in dem Verhältnis einer lex generalis zur lex specialis. Denn § 181a greift über die §§ 180, 181 hinaus, indem er von den drei Begehungsformen der Kuppelei (Vermittelung, Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit) absieht, während §§ 180, 181 insoweit sich außerhalb des dem § 181a zukommenden Gebietes bewegen, als sie sich ebenso gleichgültig gegen das Geschlecht des Täters und der verkuppelten Person verhalten, wie gegen die Gewerbsmäßigkeit der Unzucht. Die zur Untersuchung stehenden Gesetze verhalten sich demnach wie zwei einander schneidende Kreise in der Ebene einer und derselben Norm[96]).

---

[95]) Über Subsidiarität siehe Binding, Normen I S. 230, Handbuch I S. 355, dem Olshausen (§ 73 Note 13), v. Liszt (S. 224), H. Meyer (S. 432), Pflanm, Köhler u. a. m. sich angeschlossen haben.

[96]) Das Reichsgericht (E. Bd. 34 S. 79) und Olshausen behandeln den § 181a als lex specialis gegenüber dem § 180, v. Liszt (S. 365), Jaffa

Dieses Verhältnis hat Binding gleichzeitig mit der Subsidiarität signalisiert[97]) und in zahlreichen Arten nachgewiesen. Es ist die von ihm so genannte Alternativität der Strafgesetze. Während sich die Subsidiarität allgemeiner Anerkennung erfreut, ist die Alternativität noch in jüngster Zeit als Form der Gesetzeskonkurrenz negiert worden, nämlich zunächst von Pflaum, indem dieser die zugehörigen Fälle mit einer kurzen Bemerkung[98]) der Idealkonkurrenz deshalb zuweisen will, weil die gesetzlichen Tatbestände sich nicht decken, sodann von Köhler, indem er die Alternativität übergeht und ihre Anwendungsfälle der Subsidiarität, Spezialität oder einer (von ihm S. 55 a. O. erwähnten) Erfolgseinheit unterordnet, welche die Gesetzes- und die Idealkonkurrenz ausschließe[99]). In Wirklichkeit aber ist die Alternativität eine selbständige und jedenfalls für das geltende Strafrecht unentbehrliche Kategorie. Sie ist verschieden von dem Verhältnis einer lex generalis zur lex specialis, welche sich wie ein größerer Kreis zu einem innerhalb seiner Peripherie liegenden kleineren Kreise verhalten, verschieden auch von der Subsidiarität, bei der wir das subsidiäre Gesetz einem nachgiebigen, das primäre einem festen Körper vergleichen dürfen. Führen wir dies Bild weiter, so sehen wir uns bei der Alternativität zwei elastischen Körpern gegenüber, die aber an verschiedenen Stellen in verschiedenem Grade nachgiebig sein können, so daß sich stets derjenige behauptet, welcher an der Stelle des Zusammenstoßes der härtere ist. Die Alternativität führt dementsprechend, was wir unten näher entwickeln werden, zur Anwendung der in concreto härteren Strafbestimmung, während die Subsidiarität das primäre, die Spezialität das spezielle, die Konsumption das konsumierende Strafgesetz als allein anwendbar erscheinen läßt.

Das auch wider die Alternativität vorgebrachte Argument, nach welchem die „Gesetzeskonkurrenz" Tatbestände erfordere, die einander völlig decken, stellt sich als unstichhaltig dar. Es ist zwar in zahlreichen Entscheidungen angewandt, aber nirgend genauer

---

(S. 493) und Schlecht (S. 14) nehmen dagegen Idealkonkurrenz an. Betr. Binding und Heilborn siehe oben Anm. 22.

[97]) Normen I S. 201. Handbuch I S. 349.

[98]) „Über Gesetzeskonkurrenz" S. 47.

[99]) Köhler, Grenzlinien, S. 106, 128.

begründet worden. Nach dieser Ansicht können §§ 164, 187 St.G.B. nicht in Gesetzeskonkurrenz treten, weil die falsche Anzeige nicht ausnahmslos die Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache enthalte und nicht in jedem Falle mit dem Bewußtsein des ehrenkränkenden Charakters der Kundgebung verbunden sei; Gesetzeskonkurrenz sei nur im Verhältnis des allgemeineren und des spezielleren Gesetzes möglich [100]). Ebenso schließe § 333 den § 49a nicht aus, weil beide sich nicht decken, indem ihnen die Aufforderung zu einem „Verbrechen" und die Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht nicht gemeinsam ist [101]). Aus entsprechenden Gründen wird die Gesetzeskonkurrenz für §§ 176 und 185 [102]), §§ 115 und 125 [103]) verneint [104]). Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt eine Entscheidung des III. Strafsenats vom 13. Juli 1882 [105]) ein: Die Anwendung des § 321 (Zerstörung von Wasserbauten usw.) setzt, auch soweit dieses Strafgesetz sich gegen die Beschädigung oder Zerstörung der darin bezeichneten Sachen richtet, nicht fremde Sachen als Objekt voraus. Der Tatbestand des § 321 umfaßt also nicht unter allen Umständen den des § 303. Soweit aber im konkreten Falle eine den Tatbestand des § 321 erfüllende Straftat zugleich den Tatbestand des § 303 enthält, entzieht der erstere als der speziellere dem letztern jede strafrechtliche Bedeutung; der letztere wird von dem erstern vollständig absorbiert. — Die Annahme, daß nur Strafgesetze, deren Tatbestände sich völlig decken, in „Gesetzeskonkurrenz" treten können, ist ferner von allen denen verlassen, welche die Subsidiarität auch da anerkennen, wo sie nicht mit ausdrücklichen Worten im Gesetze erwähnt ist, z. B. vom I. Strafsenat des Reichsgerichts [106]), welcher die Zolldefraudation gegenüber der Kontrebande von Vieh unter der Herrschaft eines Einfuhrverbots zurücktreten läßt. Die Einfuhr unter Hinterziehung der Eingangsabgaben ist mit Recht nur dann als Defraude für

---

[100]) IV. Strafsenat, Urteil v. 1. 11. 1895, Goltd. Arch. 43 S. 392.

[101]) E. 9 S. 261.

[102]) E. 24 S. 201.

[103]) E. 9 S. 11.

[104]) Vgl. ferner E. 25 S. 321, E. 30 S. 268, E. 4 S. 108. Auf demselben Standpunkt stehen v. Liszt (S. 224) sowie Pflaum (S. 29, 47) und stand früher H. Meyer (siehe jetzt S. 433 Note 36 ff.).

[105]) R. 4 S. 692. Wir würden Konsumption anzunehmen geneigt sein.

[106]) Urteil v. 21. 10. 1880, E. 2, 370.

strafbar gehalten, wenn sie nicht als einem Seuchenabwehrgesetz zuwiderlaufende Kontrebande erscheint. — So zeigt sich das fragliche Gegenargument schließlich als eine unbewiesene Behauptung, die man gegenüber der Alternativität geltend zu machen pflegt, gegenüber der Subsidiarität aber stillschweigend aufgegeben hat.

Es ist nun folgerichtig, daß man, wenn infolge der Einheit der übertretenen Norm die Verbrechenskonkurrenz ausgeschlossen ist und wenn ferner mehrere Strafgesetze mit Tatbeständen, die sich teilweise decken, zur Anwendung stehen, ohne daß sich eines derselben vor den andern zur Geltung bringen will, stets das in concreto Ungünstigere anwendet. Nicht etwa folgt aus einem solchen Verhältnis die ausschließliche Anwendbarkeit derjenigen Strafsatzung, welche die schwerste Strafe oder bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart enthält. Eine Bestimmung dieses Inhalts, welche für die dem § 73 St.G.B. unterstehenden Fälle der Verbrechensmehrheit getroffen ist [106a]), ergibt sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen und kann außerhalb ihres vom positiven Rechte abgegrenzten Gebiets keine Berücksichtigung verlangen. Vielmehr sind folgende Erwägungen maßgebend:

Wenn die verschiedenen in Betracht kommenden Strafgesetze stets nur eine und dieselbe Strafart in verschiedener Höhe androhten, so würde, da die mehrfache Begründung des Strafanspruchs dessen Höhe nicht beeinträchtigen darf, immer das Strafgesetz anzuwenden sein, welches die absolut härteste Strafandrohung enthält. Nun verhalten sich aber nicht nur die gesetzlichen Tatbestände wie Kreise, die einander schneiden, sondern die Strafdrohungen pflegen in einem ebenso gearteten Verhältnis zu stehen, so daß häufig zum Beispiel die eine Strafsatzung sich durch die Schwere der an erster Stelle für die ordentliche Hauptstrafe gewählten Strafart auszeichnet, aber durch wahlweise Zulassung geringerer Strafübel, Berücksichtigung mildernder Umstände oder Absehenlassen von Nebenstrafen milder ist, als die andre. Diese Strafandrohungen sind an sich betrachtet von einander ebenso unabhängig, wie die Tatbestände, an die sie sich knüpfen; durchkreuzen sie sich derartig, daß ihr Verhältnis in abstracto nicht geordnet werden kann, so muß, da in concreto nur eine von ihnen angewendet werden darf, ihre Beziehung auf den Verbrechensfall entscheiden. Damit entsteht für jeden Verbrechensfall ein

[106a]) S. oben Note 91.

oft ganz eigenartiger Strafrahmen. Ihn richtig zu flechten, iſt um ſo ſchwieriger, je komplizierter das Strafenſyſtem und je unvollkommener die Abſtimmung der Strafſatzungen gegen einander iſt. Zwei Grundſätze beherrſchen ſeine Geſtaltung: Die Höhe des Strafanſpruchs darf nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß die deliktiſche Handlung den Tatbeſtand mehrerer Strafgeſetze verwirklicht, und eine mehrmalige Beſtrafung darf nicht ſtattfinden.

Vergleichen wir nun die in §§ 180, 181 und 181a aufgeſtellten Strafſatzungen, ſo ergibt ſich folgendes: Treffen die in §§ 180 und 181a unter Strafe geſtellten Qualifikationen des Kuppeleidelikts zuſammen, ſo iſt, da der Strafanſpruch durch die Konkurrenz der in § 180 enthaltenen Strafſatzung nicht beeinträchtigt werden darf, eine Gefängnisſtrafe zu verhängen, die den in § 181a fixierten Mindeſtſatz von einem Monat erreicht oder überſteigt. Demnach iſt § 180 Satz 2, welcher bei Annahme mildernder Umſtände die Ermäßigung der Gefängnisſtrafe bis auf einen Tag zuläßt, unanwendbar. Der Richter hat nun die Wahl, ob er der Strafzumeſſung, für die er durch § 181a nach unten hin, durch § 16 Abſatz 1 nach oben hin beſchränkt iſt, den § 180 oder den § 181a zu Grunde legen will. Er darf erſternfalls neben der Gefängnisſtrafe auf die in § 180 vorgeſehene Geldſtrafe, letzternfalls auf die in § 181a zugelaſſene Überweiſung an die Landespolizeibehörde, in beiden Fällen auf Verluſt der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zuläſſigkeit von Polizeiaufſicht erkennen. Macht er von der in § 181a enthaltenen Strafſatzung Gebrauch, ſo darf er der Freiheitsſtrafe, mit der er die Überweiſung verbinden kann, eine Geldſtrafe nicht hinzufügen, denn die Kumulierung von Strafübeln, die nicht in einer und derſelben Strafdrohung enthalten ſind, würde eine mehrmalige Beſtrafung und demnach eine Überſchreitung des Strafanſpruchs bedeuten. Formt er aber die Strafe aus der Satzung des § 180, die eine Verbindung von Freiheits- und Geldſtrafe zuläßt, ſo muß er ſich der Überweiſung enthalten, denn dieſe iſt in § 181a „neben der Gefängnisſtrafe", das bedeutet nur neben einer auf Grund des § 181a verhängten Gefängnisſtrafe zugelaſſen. — Hiernach tritt in unſerm Falle Gefängnisſtrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren ein. Daneben kann auf Verluſt der bürgerlichen Ehrenrechte, auf Zuläſſigkeit von Polizeiaufſicht und entweder auf Geldſtrafe von 150 bis 6000 Mk. oder auf Überweiſung an die Landespolizei-

behörde erkannt werden. — So zeigt sich uns hier einer von jenen eigenartigen Strafrahmen, von denen oben die Rede war.

Tritt in demselben Falle an die Stelle der einfachen die qualifizierte Zuhälterei, so muß die Gefängnisstrafe mindestens auf ein Jahr bemessen werden, während sich sonst nichts ändert.

Treffen Zuhälterei und qualifizierte Kuppelei zusammen, so bestimmt sich die Strafe nach § 181 Absatz 1 und 2. — Nur wenn im Falle des § 181 Absatz 1 Nr. 2 mildernde Umstände angenommen werden, tritt Gefängnisstrafe ein. Diese bemißt sich wegen der Konkurrenz des § 181a auf mindestens einen Monat, oder wenn auch die Zuhälterei eine qualifizierte ist, auf wenigstens ein Jahr, während das Höchstmaß stets fünf Jahre sind. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und entweder auf Geldstrafe von 3 bis 3000 Mk. oder auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht, sowie auf Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt werden[107]).

Stellt sich die zuhälterische Kuppelei im Sinne des § 181a zugleich als Beihilfe zu einem Unzuchtverbrechen dar, so liegt ebenfalls Alternativität der Strafgesetze vor[108]).

Verbinden sich die Förderung der Gewerbsunzucht und die Ausbeutung der Dirne innerhalb einer und derselben zuhälterischen Gemeinschaft, so daß Verbrechenseinheit vorliegt, und sind ferner zugleich durch dieselbe Unzuchtsförderung andre Qualifikationen des Kuppeleidelikts verwirklicht, so wird hierdurch das Einheitsurteil nicht beeinträchtigt. Es können daher beide Mischtatbestände des § 181a gemeinsam mit den Tatbeständen der §§ 180, 181 und ebenso mit der Beihilfe zu Unzuchtverbrechen in das Verhältnis der Alternativität treten.

---

[107]) Gibt man der Polizeiaufsicht und dem aus der Überweisung entstehenden Verhältnis des öffentlichen Rechts lediglich den Charakter einer polizeilichen Maßregel, so führt dies u. E. zu demselben Ergebnis, weil die Ermächtigung zu diesen Polizeimaßregeln durch den Richter (Binding, Grundriß I S. 165) sich an die in demselben Strafgesetz angedrohte Freiheitsstrafe anlehnen muß. (§ 181a: „Neben der Gefängnisstrafe".) — Die Streitfrage über den Charakter der Überweisung erhält neue Nahrung durch Satz 2 des § 362 Abs. 3, den das Gesetz v. 25. Juni 1900 gebracht hat. U. E. können ihn beide Parteien für sich in Anspruch nehmen, da er zwar den polizeilichen Besserungszweck zur Grundlage, aber nur einen der sieben Überweisungsfälle zum Gegenstande hat

[108]) Binding, Lehrbuch I S. 205.

12.

Einige Ungenauigkeiten der Militärstrafgerichtsordnung.

Von Kriegsgerichtsrat Gustav Rotermund in Erfurt.

Nach § 275 Abs. 2 M.St.G.O. kann der Angeklagte, wenn sein Verteidiger verhindert ist, in der Hauptverhandlung zu erscheinen, nur dann Aussetzung der Verhandlung verlangen, wenn der Fall der notwendigen Verteidigung vorlag, d. h., wenn es sich um ein Verbrechen — außer den Verbrechen infolge Rückfalls oder Anwendbarkeit des § 55 M.St.G.B. — handelte, und der Gerichtsherr deshalb gemäß § 338 M.St.G.O. einen Verteidiger bestellt hatte.

Hiernach hat also der Angeklagte weder wenn er sich selbst einen Verteidiger gewählt hatte, noch wenn der Gerichtsherr ihm deshalb, weil er die Ernennung eines Verteidigers für sachgemäß erachtete (§ 339 M.St.G.O.) einen solchen bestellt hatte, das Recht auf Vertagung, wenn sein Verteidiger verhindert ist.

Die letzte Alternative ist indeß nicht in Einklang zu bringen mit § 346 M.St.G.O. Dort nämlich heißt es: „Bleibt in einem Falle der notwendigen Verteidigung (§ 338) oder in einem Falle, in welchem das Gericht[1]) die Verteidigung für sachgemäß erachtet hat (§ 339), der bestellte oder gewählte Verteidiger in der Hauptverhandlung aus, so muß die Verhandlung ausgesetzt werden."

Wie sich danach die Sachlage gestalten kann, mag an folgendem Beispiel ersehen werden:

Gegenstand der Untersuchung ist ein Vergehen; die Verteidigung ist daher nicht eine notwendige (§ 338 M.St.G.O.). Da die Sachlage jedoch etwas verwickelt ist, hat der Gerichtsherr dem Angeklagten auf dessen Antrag einen Verteidiger, und zwar einen

[1]) Unter „Gericht" ist hier nach den Motiven zu § 331 des Entw. (= § 346 M.St.G.O.) auch der Gerichtsherr zu verstehen.

Rechtsanwalt zugeordnet. In der Hauptverhandlung erscheint der Angeklagte ohne seinen Verteidiger und legt ein Schreiben des letztern vor, wonach er durch eine dringende Abhaltung am Erscheinen verhindert ist. Er bittet um Vertagung.

Das Gericht will — vielleicht weil es die Sache nicht für so verwickelt erachtet wie der Gerichtsherr, oder um die schnellere Aburteilung der Sache im militärischen Interesse nicht aufzuhalten — ungern vertagen und fragt das Gesetz um Rat. Dies bietet ihm nun gemäß dem vorstehend Gesagten zwei entgegengesetzt lautende Vorschriften: im § 275 sagt es, nur bei notwendiger Verteidigung muß vertagt werden, wenn der Verteidiger ausbleibt; im § 346 sagt es: „auch bei der für sachgemäß erachteten Verteidigung muß in diesem Falle die Verhandlung ausgesetzt werden".

Der sich hieraus ergebende Widerspruch, den auch Koppmann (Kommentar zur M.St.G.O. Anm. 5 zu § 276) anerkennt, ist nicht hinwegzuleugnen, und liegt offenbar bei § 275 M.St.G.O. ein Versehen vor. Wie es entstanden ist, darüber geben auch die Motive keine Auskunft; vielleicht dadurch, daß § 275, dem der § 263 des Entwurfs z. M.St.G.O. entspricht, dem § 227 der R.St.P.O. nachgebildet ist, hier aber, da es im bürgerlichen Strafprozeß eine „für sachgemäß erachtete" Verteidigung im Sinne des § 339 M.St.G.O. nicht gibt, nur von der „notwendigen Verteidigung" die Rede ist.

Bei dem gegenwärtigen Stand des Gesetzes wird bei vorstehend erörtertem Fall natürlich dem § 346 M.St.G.O. der Vorzug zu geben sein, da die Bestimmung dieses Paragraphen die weitergehende ist und ein Verstoß gegen ihn einen absoluten Revisionsgrund bildet (Entsch. des R.M.G. Bd. II S. 11). De lege ferenda aber ist zu sagen, daß im § 275 M.St.G.O. hinter „notwendiger Verteidigung (§ 338)" eingeschaltet würde: „oder wenn die Verteidigung für sachgemäß erachtet worden ist (§ 339)".

* * *

Im § 388 M.St.G.O. fällt auf, daß als diejenigen Paragraphen, die für die Berufungsinstanz Anwendung finden sollen, citiert sind „§§ 261—267, 268—271", und nicht statt dessen: „§§ 261—271".

Ein neuer Abschnitt beginnt mit § 268 nicht, und auch sonst ist kein Grund ersichtlich, warum bei § 267 die Reihenfolge unterbrochen ist.

Aufklärung gibt die Entstehungsgeschichte. Im § 373 des Entwurfs zur M.St.G.O., der dem jetzigen § 388 entspricht, waren citiert die „§§ 248—254, 256—259". Der Inhalt dieser Paragraphen stimmt im ganzen überein mit den jetzigen §§ 261—271. Der dort fortgelassene § 255 betraf das Verfahren im Feld und an Bord. Die entsprechende Vorschrift findet sich in der M.St.G.O. nicht in einem besondern Paragraphen, sondern im Absatz 4 des § 267. Der § 255 mußte im § 373 des Entwurfs ausgeschaltet werden, weil das Berufungsverfahren im Feld und an Bord keine Anwendung findet. Diese durch Ausschaltung des § 255 im § 373 des Entwurfs entstandene Lücke hat offenbar zum Anlaß, daß man mechanisch „§§ 261—267, 268—271" statt einfach „§§ 261—271" geschrieben hat.

Genauer noch wäre es, wenn bei der Citierung in § 388 — wie es im § 373 des Entwurfs nach dem Gesagten der Fall war — diejenigen Bestimmungen der §§ 261—271, die auf das Verfahren im Feld und an Bord Bezug haben, weggelassen wurden; es sind dies Abs. 4 des § 267 — der alte § 255 — und der neu eingeschaltete letzte Absatz des § 266; und es würde demnach heißen: „§§ 261—271 mit Ausnahme von § 266 letzter Satz und § 267 Abs. 4". Hält man mit Rücksicht auf § 365 Abs. 2, wonach hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung und Revision im Feld und an Bord durch das Gesetz besondere Bestimmungen getroffen werden (V. Titel §§ 419—435), diese Ausschaltung nicht für notwendig, so ist es jedenfalls richtiger, statt „§§ 261—267, 268—271" nur zu schreiben: „§§ 261—271".

* * *

Auf das Verfahren in der Berufungsinstanz finden die Vorschriften, die für die erste Instanz gelten, nur insoweit Anwendung, als dies im III. Tit. III. Abschn. der M.St.G.O. ausdrücklich gesagt ist. Das geht argumento e contrario aus §§ 388, 390 M.St.G.O. hervor; die dort nicht aufgeführten Paragraphen können für die Berufungsinstanz *nicht* gelten.

Im § 390 M.St.G.O. sind u. a. die §§ 280—281 der ersten Instanz fortgelassen. Nach Vorschrift dieser beiden Paragraphen kann der Angeklagte in I. Instanz, wenn voraussichtlich auf eine höhere Strafe als sechs Wochen nicht erkannt werden wird, auf seinen An-

trag von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden werden, und er darf sich dann (§ 281) von einem Verteidiger, den er mit schriftlicher Vollmacht versehen hat, vertreten lassen. Diese Bestimmung kann nach dem Gesagten für die II. Instanz nicht zur Anwendung kommen, es müßte denn im Abschnitt III betr. Berufungen an andrer Stelle eine analoge Vorschrift erlassen sein.

Das letztere hat nach Annahme des Gesetzgebers offenbar durch § 389 M.St.G.O. geschehen sollen; in Wahrheit ist es aber nur teilweise der Fall.

§ 389 M.St.G.O. lautet:

„Ist das Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung nach dem Ermessen des Gerichts besonders erschwert oder befindet sich derselbe nicht auf freiem Fuße, so kann das Gericht mit seiner Zustimmung beschließen, daß in seiner Abwesenheit zu verhandeln sei.

Im übrigen ist, wenn bei dem Beginne der Hauptverhandlung weder der nach § 267 Abs. 1 geladene Angeklagte noch in den Fällen, in welchen solches zulässig, ein Vertreter desselben erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist, ohne Anwesenheit des Angeklagten über die von dem Angeklagten eingelegte Berufung, sowie über die von dem Gerichtsherrn eingelegte Berufung zu verhandeln oder die Vorführung des Angeklagten anzuordnen oder dessen Verhaftung zu veranlassen. Der Angeklagte kann binnen einer Woche nach Zustellung des Urteils die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter den in den §§ 147, 148 bezeichneten Voraussetzungen beanspruchen.

Hinsichtlich der Verteidigung gelten auch für die Vorbereitung der Hauptverhandlung wie für die Hauptverhandlung die Bestimmungen der §§ 337 ff."

Nach Absatz 1 ist also das Entbinden von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Berufungsinstanz unabhängig von der Höhe der Strafe und — die Zustimmung des Angeklagten vorausgesetzt — dann statthaft, wenn das Erscheinen des Angeklagten besonders erschwert ist, oder wenn der Angeklagte in Haft ist.

Damit ist für die Berufungsinstanz eine dem § 280 M.St.G.O. entsprechende Bestimmung gegeben. Wie ist es aber mit § 281, der die Vertretung des Abwesenden durch einen Verteidiger zuläßt?

Kann sich der abwesende Angeklagte auch in der Berufungsinstanz vertreten lassen? Koppmann (Kommentar z. M.St.G.O. Anm. 4 zu § 389) bejaht dies, weil in Abs. 2 des § 389 sich die Worte finden: „. . . . noch in den Fällen, wo dies zulässig ist, ein Vertreter desselben erscheint." Auch das Reichsmilitärgericht hat es bejaht (Entscheid. Bd. III, S. 31) und zwar deshalb, weil in Abs. 3 des § 389 allgemein der Abschnitt betreffend Verteidigung zugelassen sei.

Im Interesse der Billigkeit wird man dieser Auffassung nur beitreten können, aber nach dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes ist sie nicht zutreffend und interpretiert auf etwas gewaltsame Weise in das Gesetz hinein, was der Gesetzgeber offenbar versehentlich zu sagen unterlassen hat.

Die Worte des Abs. 2 § 389, „noch in den Fällen, wo es zulässig ist, ein Vertreter usw." sind nämlich, wie auch Koppmann (a. O.) anerkennt, wertlos, weil das Gesetz eben vergessen hat, zu sagen, wann es zulässig ist. Die Fälle, die die fraglichen Worte gemeint haben, sind nicht genannt, § 280 kann hier, wie Sturm-Walde (Kommentar zur M.St.G.O. § 389 Anm. 3) anzunehmen scheinen, mit Rücksicht auf § 390 nicht herangezogen werden, und § 389 Abs. 1 enthält ebenfalls nichts über Verteidigung. Überdies bezieht sich Absatz 2, wie die Eingangsworte: „Im übrigen" besagen (Koppmann a. O. Anm. 4) auf alle andern Fälle als die in Absatz 1 behandelten. Dazu kommt noch, daß Absatz 2 nach den Worten: „die nach § 267 Abs. 1 geladenen Angeklagten" sich nur auf solche Angeklagte bezieht, die nicht zu den Personen des Soldatenstandes des aktiven Heeres oder der aktiven Marine gehören (so Entsch. R.M.G. Bd. III S. 248), so daß dieser Absatz, wenn man Koppmann folgen wollte, immer doch nur auf Vertreter der Angeklagten, die nicht Soldaten sind, Anwendung finden könnte. Wenn ferner das Reichsmilitärgericht in der erwähnten Entscheidung (Bd. III S. 31) auf Absatz 3 zurückgreift, so darf doch nicht verkannt werden, daß in dem ganzen Abschnitt der §§ 337 ff., betreffend Verteidiger, nirgends von der Verteidigung oder Vertretung eines nicht erschienenen, von der Verpflichtung zum Erscheinen entbundenen Angeklagten die Rede ist. Nur § 346 könnte in Betracht kommen, doch hat dieser Paragraph, wie wohl nicht zweifelhaft sein dürfte, zur stillschweigenden Voraussetzung, daß der Angeklagte selbst im Termine erschienen ist.

Wenn demnach die Zulassung des § 281 M.St.G.O. für die Berufungsinstanz zwar als praktisch, nicht aber als gesetzmäßig anzuerkennen ist, so dürfte es sich empfehlen, den Gesetzesfehler dadurch wieder gut zu machen, daß am Schluß des ersten Absatzes des § 389 M.St.G.O. eingeschaltet würde: „§ 281 M.St.G.O. findet entsprechend Anwendung".

* * *

Im Abschnitt betr. Rechtsbeschwerde ist in § 375 M.St.G.O. gesagt, daß durch Einlegung der Rechtsbeschwerde der Vollzug der angefochtenen Verfügung oder Entscheidung nicht gehemmt werden soll. Im Anschluß daran heißt es: „die Bestimmung des § 217 Abs. 3 bleibt unberührt".

§ 217 betrifft die Unterbringung in einer Irrenanstalt zur Beobachtung des Geisteszustandes. Die Beschwerde gegen einen dahin gehenden Beschluß hat nach Abs. 3 des § 217 aufschiebende Wirkung. Es ist dies aber nicht der einzige Fall; denn § 290 Abs. 4 bestimmt, daß auch die Beschwerde gegen den Beschluß, durch den gegen einen Rechtsanwalt eine Ordnungsstrafe verhängt ist, aufschiebende Wirkung haben soll. Die Erwähnung des § 290 Abs. 4 ist offensichtlich im § 375 vergessen worden. Demnach stehen zur Zeit § 290 Abs. 4 und § 375 im Widerspruch; denn nach § 375 soll nur die Beschwerde gegen den Beschluß, betreffend Beobachtung des Angeklagten in einer Irrenanstalt aufschiebende Wirkung haben, während § 290 Abs. 4 diese Wirkung auch der Beschwerde eines Rechtsanwalts gegen eine Ordnungsstrafe beilegt.

Es hätte demnach im § 375 heißen müssen: „die Bestimmungen der §§ 217 Abs. 3 und 290 Abs. 4 bleiben unberührt".

* * *

Wenn im Vorstehenden mehrere — mehr oder weniger wichtige — Ungenauigkeiten der Militärstrafgerichtsordnung zusammengestellt sind, so hat damit, wogegen hierdurch ausdrücklich Verwahrung eingelegt wird, keineswegs eine Kritik geübt werden sollen an einem Gesetze, dessen Vorzüglichkeit in allen seinen Teilen wohl allgemein anerkannt wird. Es sollte vielmehr lediglich im Interesse der Sache auf einzelne Punkte hingewiesen werden, die etwa später bei Gelegenheit geändert werden könnten.

13.

Die §§ 253 und 259 der Militärstrafgerichtsordnung.

Von Marinekriegsgerichtsrat Friedrich Tamaschke in Kiel.

Die folgenden Ausführungen verdanken ihren Ursprung einer Meinungsverschiedenheit, die zwischen zwei Militärgerichten hervorgetreten ist.

Der Sachverhalt ist etwa folgender:

Gelegentlich einer Spindrevision wurde beim Grenadier X. eine große Anzahl von Gegenständen gefunden, deren rechtmäßigen Erwerb er nicht glaubhaft nachweisen konnte. Die daraufhin angeordneten Ermittelungen führten dazu, daß das Verfahren hinsichtlich einiger Gegenstände eingestellt wurde; wegen Diebstahls des größten Teiles der Sachen wurde Anklage erhoben. Zugleich wurde auf Grund des § 253 M.St.G.O. in Ansehung der weiteren — in der Verfügung besonders hervorgehobenen — Straffälle bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die andern Fälle von einer Anklage abgesehen. Der Angeklagte wurde wegen der ihm in der Anklageverfügung zur Last gelegten Straftaten verurteilt. Nach Rechtskraft dieses Urteils wurde er in ein Festungsgefängnis zur Verbüßung der Strafe gebracht, ohne daß zuvor wegen der „schwebenden" Straffälle Anklage erhoben worden war. Durch die Überführung trat X. unter die Gerichtsbarkeit eines andern Gerichtsherrn.

Es fragt sich nun, welchem Gerichtsherrn, — demjenigen, welcher die erste Anklageverfügung erlassen oder demjenigen, zu dessen Zuständigkeit das Festungsgefängnis gehört — die nach § 253 Abs. 4 M.St.G.O. zulässige Maßregel zusteht.

M. E. hat nach der Überführung allein der zuvor an zweiter Stelle genannte Gerichtsherr das Recht, gemäß § 253 M.St.G.O. zu befinden.

Strafbare Handlungen, wegen welcher die Anklage verfügt und diejenigen, bei denen vom Abs. 1 des § 253 M.St.G.O. Gebrauch gemacht wird, können unmöglich als ein „Ganzes" betrachtet werden. Es handelt sich da nicht um „unwesentliche Punkte", sondern um Straffälle, deren Feststellung *für die Strafzumessung unwesentlich* sind. Dies können sogar Verbrechen sein.

Durch die Überführung in das Festungsgefängnis hat eine Veränderung in der persönlichen Dienststellung des X. stattgefunden und er ist unter die Gerichtsbarkeit eines andern Gerichtsherrn getreten, des Gerichtsherrn, dessen Gerichtsbarkeit das Festungsgefängnis untersteht. An diesen Gerichtsherrn ist daher gemäß § 259 M.St.G.O. die Sache (soweit sie schwebt) abzugeben.

Fraglich kann es m. E. nur sein, ob, wenn der Gerichtsherr auf Grund des § 253 Abs. 1 M.St.G.O. hinsichtlich einiger Straffälle von einer Anklage abgesehen hat, wegen dieser Fälle das Ermittelungsverfahren fortgesetzt werden kann, bevor über die zur Anklage stehenden Fälle rechtskräftig entschieden worden ist. Das Gesetz enthält darüber keine ausdrückliche Vorschrift. Die Frage ist aber mit Rücksicht auf die für die nachträgliche Erhebung der Anklage gegebene kurze Frist von einem Monat von großer Wichtigkeit. Und sie ist m. E. zu bejahen.

Im Gegensatz zu § 208 R.St.P.O. spricht § 253 nicht von einer vorläufigen *Einstellung des Verfahrens* — (*Koppmann* gebraucht ungenau diesen Ausdruck in der Anm. 9), sondern nur von einem vorläufigen *Absehen von der Anklage* (auch beträgt die Frist des § 253 M.St.G.O. nur ein Drittel von derjenigen des § 208 R.St.P.O.). Es braucht daher auch nicht, wie *Stenglein* in der Anmerkung 3 zu § 253 annimmt, die Wiederaufnahme des Verfahrens beurkundet zu werden, denn das Ermittelungsverfahren hinsichtlich der „schwebenden" Straffälle nimmt seinen Fortgang auf Grund der gemäß § 156 M.St.G.O. erfolgten Anordnung. Ein nach dem § 156 M.St.G.O. angeordnetes Ermittelungsverfahren kann seinen Abschluß nur darin finden, daß der Gerichtsherr darüber befindet, ob der Beschuldigte außer Verfolgung zu setzen oder ob gegen ihn einzuschreiten sei, d. h. daß der Gerichtsherr entweder das Verfahren einstellt, Anklage verfügt, Strafverfügung erläßt oder Disziplinarbestrafung veranlaßt.

Wir kommen daher zu folgendem Endergebnis:

Ist auf Grund des § 253 M.St.G.O. in Ansehung eines

Straffalles vorläufig von einer Anklage abgesehen worden, so sind hinsichtlich dieses Falles die Ermittelungen auf Grund der nach § 156 M.St.G.O. erfolgten Anordnung fortzusetzen, wenn der Gerichtsherr nicht ausdrücklich das Ruhen des Ermittelungsverfahrens anordnet. Kommt es bis zur Überweisung des Verurteilten an die Gefangenenanstalt, wodurch er unter die Gerichtsbarkeit eines andern Gerichtsherrn tritt, nicht zu einer Entschließung des alten Gerichtsherrn nach § 245 M.St.G.O., so ist die Sache an den neuen Gerichtsherrn abzugeben. Dieser hat alsdann, erforderlichenfalls nach Anstellung weiterer Ermittelungen, die Entscheidung aus § 253 Abs. 4 M.St.G.O. zu treffen.

14.

Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts vom 1. Oktober 1900 bis 6. Oktober 1902.

Von Professor Dr. Ernst Beling in Tübingen.

In drei Bänden liegen die veröffentlichungswert befundenen Entscheidungen vor, die das Reichsmilitärgericht in den ersten zwei Jahren seines Bestehens gefällt hat[1]). Vielleicht ist nichts so sehr geeignet, den Umschwung, den die Militärrechtspflege erfahren hat, zu kennzeichnen, wie gerade diese Publikation. Früher (abgesehen von Bayern) geheimes schriftliches Verfahren, jetzt nicht nur öffentliche mündliche Prozedur, sondern offizielle Instandsetzung der breitesten Öffentlichkeit, sich von der Arbeit der Militärjustiz Kenntnis zu verschaffen! Durch die Veröffentlichung ist, wie nicht anders zu erwarten, der wissenschaftlichen Erkenntnis des Militärrechts reiche Förderung zu teil geworden, sowie auch der Praxis zweifellos ein großer Dienst dadurch geleistet worden ist.

Die Hauptmasse der Entscheidungen bezieht sich natürlich auf das Militärstrafgesetzbuch und auf die Militärstrafgerichtsordnung, namentlich auf die letztere; daß die Entscheidungen, die sich auf die für das Rechtsmittel der Revision entstehenden Rechtsfragen beziehen, einen besonders breiten Raum einnehmen, ist sehr erklärlich.

Die Entscheidungen zeichnen sich fast ausnahmslos durch Knappheit des Ausdrucks und Klarheit aus. Auch ist meist mit besonderer Sorgfalt das Tatsächliche des jeweiligen Falles mitgeteilt. Zu vermissen bleibt hie und da eine widerlegende Stellungnahme zu den gegen die vom Reichsmilitärgericht adoptierte Meinung vorgebrachten Gegenerwägungen; auch ist in der (an sich gerechtfertigten) Sparsamkeit mit Literaturcitaten wohl bisweilen zu weit gegangen, wenigstens — im Gegensatz zum bayerischen Senat — von dem I. und dem II. Senat. Eigentümlich ist, daß die einzige Stelle, in der sich aus-

[1]) Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts, herausgegeben von den Senatspräsidenten und dem Obermilitäranwalt unter Mitwirkung der juristischen Mitglieder der Senate und der Mitglieder der Militäranwaltschaft. Berlin, Vahlen, Band I, II und III 1902.

führliche Literaturangaben finden, das Privatrecht — Dereliktionsfrage — betrifft (III, 13—15).

Anlangend den Erfolg oder Nichterfolg, den die Anrufung des Reichsmilitärgerichts in den einzelnen Fällen gehabt hat, so sind

Rechtsbehelfe des Gerichtsherrn in 44 Fällen erfolgreich gewesen, in 31 Fällen verworfen worden;

Rechtsbehelfe Privater (Revision, Rechtsbeschwerde, Wiedereinsetzungsgesuche, Wiederaufnahmeanträge, Anträge auf gerichtliche Entscheidung über die Erhebung der Anklage) in 50 Fällen erfolgreich gewesen, in 167 Fällen verworfen worden.

Siebenmal hat das Gericht über einen gerichtsherrlichen Zuständigkeitsstreit entschieden, einmal ist ein Plenarbeschluß ergangen usw.[2]).

Eine Zusammenstellung der Rechtsansichten des höchsten militärischen Gerichtshofs ist in dem den drei ersten Bänden beigegebenen „Ergänzungsheft" enthalten[3]). Von einer solchen soll deshalb hier Abstand genommen werden. Dagegen soll im Folgenden eine Anzahl von besonders anregenden oder besonders prinzipiellen Entscheidungen zum Zwecke der Besprechung herausgegriffen werden. Daß hierbei in erster Linie die auf die M.St.G.O. bezügliche Judikatur berücksichtigt worden ist (Nr. 16—39), wird bei der Neuheit gerade dieser Disziplin Billigung finden[4]).

1. Beginn der Zugehörigkeit von Rekruten zum aktiven Heere.

Die ausgehobenen Rekruten gehören nach § 38 A[3] des R.M.G. vom 2. Mai 1874 von dem Tage ab zum aktiven Heere, an dem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt. Die Anwendung dieser Bestimmung begegnet keinem Anstand hinsichtlich der (seltenen) Fälle, in denen ein Ausgehobener alsbald eingestellt wird. Für die große Masse der Ausgehobenen, diejenigen nämlich, die nach der Aushebung vorläufig in die Heimat beurlaubt werden, stellt sich dagegen eine Antinomie heraus. Die beurlaubten Rekruten gehören nämlich nach R.M.G. § 56[2] zum Beurlaubtenstande, und die aus dem Beurlaubtenstande zum Dienst einberufenen Mannschaften sollen nach § 38 B[1] R.M.G. schon von dem Tage, zu dem sie einberufen sind, nicht erst von dem Tage des wirklichen Eintritts der Verpflegung durch die Militärverwaltung, zum aktiven Heere gehören. Es scheint sonach, wie wenn § 38 A[3] auf diese Rekruten keine Anwendung fände. Diese Auffassung haben auch das preußische und das bayerische Generalauditoriat vertreten. Das Reichsmilitärgericht (bayeri-

---

[2]) Diese Statistik gibt selbstverständlich kein volles Bild der gesamten Tätigkeit des Gerichtshofs, da sie die ungedruckten Entscheidungen nicht mit umfaßt.

[3]) Berlin, Vahlen, 1903.

[4]) Die Citate „I 20, II 173" usw. im Folgenden bezeichnen Band und Seite der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.

scher Senat I 9, erster Senat I 98) stellt sich jedoch auf den gegenteiligen Standpunkt, indem es auf alle Rekruten, auch die beurlaubten, den § 38 A 3 gleichmäßig angewendet wissen will. Mit Recht, denn dieser Paragraph erscheint als die sedes materiae für die Rechtslage der Rekruten und würde dieser seiner Bedeutung völlig entkleidet werden, wenn er nur auf die spärlichen Fälle der alsbaldigen Rekruteneinstellung Anwendung fände, wohingegen der § 38 B 1 auch dann noch ein reiches Anwendungsgebiet behält, wenn aus ihm die beurlaubten Rekruten ausgeschaltet werden. Auch treten die Personen des Beurlaubtenstandes (§ 35 B) nur in zweite Linie hinter die Militärpersonen des Friedensstandes (§ 38 A), und es muß deshalb das hinsichtlich der Letzteren Bestimmte als die grundlegende Regelung erscheinen, während die Bestimmungen über den Beurlaubtenstand nur ergänzende Bedeutung haben.

Übrigens wird genau das Gleiche für die „Freiwilligen" (natürlich nicht für die Einjährig-Freiwilligen) — R.M.G. §§ 38 A 3, B 1, 56 2 — zu gelten haben.

2. Militärrechtsverhältnis irrtümlich eingestellter Ausländer.

In II 53 entscheidet das Reichsmilitärgericht dahin, daß die Einstellung eines Ausländers in das deutsche Heer die — nach dem Gesetz nicht bestehende — Verpflichtung, im deutschen Heere Dienste zu leisten, nicht begründen kann, daß ein solcher Ausländer somit keine Fahnenflucht, überhaupt keine Delikte begehen kann, die tatbestandsmäßig die Absicht erfordern, sich der gesetzlichen Verpflichtung zum militärischen Dienst zu entziehen. Die Entscheidung ist zwar zu eng formuliert (es kommen in Betracht nicht bloß die Delikte, die die Absicht, sich . . . zu entziehen, erfordern, sondern erst recht die Delikte, die darin bestehen, daß sich der Täter der gesetzlichen Verpflichtung zum militärischen Dienst entzieht); aber sie ist jedenfalls richtig und von prinzipieller Bedeutung.

Unerörtert ist dabei geblieben, ob denn überhaupt ein derartiger Ausländer in einem Militärrechtsverhältnis steht. Das wird, soweit es sich um die Frage nach dem Eingreifen der Militärstrafgerichtsbarkeit handelt, zu bejahen sein. Wenn die M.St.G.O. in § 1 „die Militärpersonen des aktiven Heeres und der aktiven Marine" der Militärgerichtsbarkeit unterwirft, so werden darunter nicht bloß die zu Recht, sondern auch die zu Unrecht Eingestellten gemeint sein. Denn im Gegensatz zum materiellen Recht, das überall der Dinge Wesen betrifft, begnügt sich das formelle Recht regelmäßig mit faktischen Zuständen, an die es seine Wirkungen anknüpft. Gehört eine Person faktisch zum Heere, so wird sie auch von der Militärgerichtsbarkeit ergriffen, mag auch ihre Heereszugehörigkeit ohne rechtliche Grundlage sein. Augenscheinlich hat auch das Reichsmilitärgericht diesen Satz als selbstverständlich angenommen.

3. Umfang der Anwendbarkeit der Bestimmungen des St.G.B. auf militärische Delikte.

Inwieweit Bestimmungen des gemeinen Strafrechts auf militärische Verbrechen und Vergehen zu übertragen sind, ist in zahlreichen Beziehungen zweifelhaft und streitig. So fragt es sich z. B., ob auf den militärischen Diebstahl (Kameradendiebstahl usw.), M.St.G.B. § 138, der Abs. 2 des § 242 St.G.B. (Strafbarkeit des Versuchs), ob auf die militärische Vorgesetztenbeleidigung, M St.G.B. § 91, der § 193 St.G.B. (Wahrnehmung berechtigter Interessen) Anwendung zu finden hat. Das Reichsmilitärgericht — I 134, 154, II 34 — versucht die Lösung auf der Grundlage des § 2 M.St.G.B. Dieser Paragraph lautet:

> „Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des Deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung."

Als „Bestimmungen, die in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten", erachtet das Reichsmilitärgericht — Plenarbeschluß vom 17. Mai 1901 — nicht bloß die Bestimmungen, die für alle Verbrechen und Vergehen gelten, sondern auch diejenigen „die für besondere Arten von Verbrechen und Vergehen allgemeine Geltung haben". Doch sollen diese Vorschriften nicht in Pausch und Bogen auf das Militärstrafrecht übertragen werden, sondern nur „entsprechend", das sei insoweit, „als die Rücksicht auf die Erhaltung der Disziplin im Heere damit vereinbar erscheine". Von diesem Ausgangspunkte aus acceptiert der Gerichtshof den § 242 Abs. 2 St.G.B. für das Militärstrafrecht, lehnt dagegen den § 193 St.G.B. als militärrechtlich nicht brauchbar ab. Allein die Richtigkeit des vom Reichsmilitärgericht proklamierten Prinzips kann nicht zugegeben werden. Die Bedenken setzen bereits ein bei der dem Wörtchen „entsprechend" gegebenen Auslegung. „Entsprechend" ist nach dem feststehenden Sinne dieses Wortes eine Anwendung von Rechtssätzen dann, wenn sie juristisch gleichliegende Tatbestände demselben Rechtssatz unterwirft. Statt dessen soll nach Reichsmilitärgericht ein ganz fremder Gesichtspunkt hineinspielen, nämlich die Rücksicht auf die Disziplin im Heere. Nun ist die Disziplin entweder ein Faktor, der mit der Rechtspflege in Widerstreit treten kann — und dann ist es im Sinne des Gesetzes zweifellos falsch, Disziplin vor Recht gehen zu lassen; oder die Disziplin und die Rechtspflege stehen logisch in dem Verhältnis, daß genaue Einhaltung des Rechts auch im Interesse der Disziplin ist — und dann verliert die Verweisung auf die Disziplin als ein aus sich heraus auszulegendes Gebilde an erkennbarem Inhalt. Und jedenfalls nimmt die an das Wörtchen „entsprechend" anknüpfende Einschränkung dem vom Reichsmilitärgericht formulierten Prinzip alle Bedeutung, weil es ihm viel mehr nimmt, als gibt, und

überdies das so verkümmerte Prinzip der Klarheit und Brauchbarkeit ermangelt. Mag dem aber auch sein, wie ihm wolle, die Hauptsache ist jedenfalls, daß das Prinzip selber nicht als zutreffend anerkannt werden kann, weil es in sich widerspruchsvoll ist „Allgemeine" strafrechtliche Sätze sind, wie Wortsinn und üblicher Sprachgebrauch ergeben, diejenigen, die für „die strafbare Handlung" und „die Strafe" dergestalt gelten, daß sie für jede Art strafbare Handlung zur Anwendung kommen, soweit nicht Ausnahmen vorgesehen sind. Im schärfsten logischen Gegensatz dazu stehen die Sätze, die nur die eine oder die andre Art Straftat oder mehrere derselben betreffen. Nur die erstern fallen also unter § 2 M.St.G.B. Gewiß kann man auch für manche Gruppen von Delikten Sätze aufstellen, die eben nur für diese Gruppen „allgemein" gelten. Aber solche sozusagen beschränkt allgemeine Sätze bilden gar keine logisch geschlossenen Gruppen, sondern bieten sich je nachdem, wie man die einzelnen Deliktsarten zusammenstellt. Man kann über zahlreiche Delikte allgemein aussagen, daß sie bei Vorliegen mildernder Umstände geringer bestraft werden; bei zahlreichen Delikten, daß sie „öffentlich" verübt sein müssen; bei zahlreichen Delikten, daß sie durch den Erfolg qualifiziert sind usw. Diese „Allgemeinheit" ist also nur eine relative, eine Verallgemeinerung ohne feste Grenzen. Sie löst sich mit dem Augenblick auf, in dem man das betreffende Delikt für sich isoliert betrachtet, im Gegensatz zu der ersten „Allgemeinheit", die auch dann ihren Wert behält. Hat man dies aber einmal erkannt, so ist damit auch klar, daß die „relativ allgemeinen" Eigenschaften in Wahrheit doch nur Besonderheiten der einzelnen Delikte sind. Wie sehr alle begriffliche Schärfe schwindet, wenn man hier noch von „allgemeinen Vorschriften" spricht, zeigen gerade die Beispiele aus den Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Danach sollen der § 242 Abs. 2 St.G.B. (Strafbarkeit des Diebstahlsversuchs) und § 193 St.G.B. (Wahrnehmung berechtigter Interessen) „allgemeine Vorschriften" sein (so jedoch, daß letzterer wegen Widerstreits gegen die Disziplin — siehe oben — als untauglich für das Militärstrafrecht abgelehnt wird). Aber wenn das „allgemeine Vorschriften" sind, was bleibt dann für die „besondern" übrig? Daß der Versuch bei dem Diebstahl strafbar ist, ist eben doch eine Eigentümlichkeit des Diebstahls, die dieser zufällig mit verschiedenen andern Vergehen teilt; und daß eine Beleidigung nicht vorliegt, wenn der Täter in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, ist, wenigstens soweit § 193 St.G.B. angerufen wird, eine Eigentümlichkeit der Beleidigung. Wären §§ 242 Abs. 2 und 193 „allgemeine Vorschriften", dann wäre auch der ganze Begriff des Diebstahls und der der Beleidigung „allgemeinen" Charakters.

Demnach vermag § 2 M.St.G.B. für die Beantwortung der Frage, ob der Versuch des Kameradendiebstahls strafbar ist, sowie der Frage, ob die Wahrnehmung berechtigter Interessen auch bei Beleidigungen gegen militärische Vorgesetzte durchschlägt, gar nichts bei-

zutragen. Die Interpretation hat sich vielmehr für jedes Delikt auf den Boden des betreffenden Militärstrafgesetzes, also §§ 138, 91 usw. M.St.G.B. zu stellen, und zu fragen, inwieweit das betreffende Gesetz auf das bürgerliche Strafrecht Bezug nimmt. Geht man so vor, so findet man bei § 138 M.St.G.B. eine Bezugnahme auf den „Diebstahl" des bürgerlichen Strafrechts. Daraus folgt, daß alle Eigentümlichkeiten des bürgerlich-strafrechtlichen Diebstahls auf den militärischen Diebstahl zu übertragen sind, soweit nicht das M.St.G.B. selber das Gegenteil bestimmt, somit auch die Strafbarkeit des Diebstahlsversuchs. Das Reichsmilitärgericht will das nicht gelten lassen, weil nach seiner Auffassung alsdann der Strafrahmen für den Kameradendiebstahlsversuch nach §§ 242, 44 St.G.B. gebildet werden müsse. Dies trifft aber nicht zu, denn gerade wegen § 44 St.G.B. muß vielmehr der Strafrahmen nach § 138 M.St.G.B. gebildet werden. § 242 Abs. 2 St.G.B., der auf § 138 M.St.G.B. übertragen wird, sagt ja nur, daß der Versuch des Diebstahls strafbar ist; wie er strafbar ist, bemißt sich, gleichviel aus welchen Erwägungen heraus man zur Annahme des „Ob" der Strafbarkeit gelangt, zweifelsohne nach der echten „allgemeinen" Vorschrift des § 44 St.G.B. Wenn ferner M.St.G.B. § 91 auf die „Beleidigung" des St.G.B. Bezug nimmt, so erhellt, daß die Beleidigung mit allen ihren Eigentümlichkeiten herüberzunehmen ist, also hat auch § 193 für die militärische Beleidigung volle Bedeutung, und nur auf der Grundlage dieses Paragraphen ist zu entscheiden, ob ein Widerstreit gegen die Disziplin der Tat ihre Erlaubtheit nimmt; eine Beiseitestellung des § 193 ist juristisch keinesfalls zu rechtfertigen. Zu einer Übertragung der in §§ 185, 186, 193 St.G.B. enthaltenen Festsetzungen hinsichtlich des Tatbestandes einer Beleidigung gelangt auch III 36. Ähnlich auch III 84 mit Bezug auf M.St.G.B. § 121. Das ist ein zweifelloser Widerspruch mit dem Plenarbeschluß. Die Entscheidung sucht zwar die Harmonie zu retten durch die Ausführung, die §§ 185, 186, 193 St.G.B. seinen nicht als solche auf den Tatbestand des § 91 M.St.G.B. zu übertragen, sondern kraft „der Natur der Sache", kraft „Begriffsbestimmung der Beleidigung". Das ist ein Umweg, dessen Notwendigkeit nicht einleuchtet.

4. Umfang des „militärischen Dienstverhältnisses" bei Offiziersburschen.

Die Ehefrau des Generals v. R. übergibt dem zu ihrem Ehemann als Offiziersbursche kommandierten Angeklagten Geld, das ihr gehört, mit dem Auftrage, davon Waren zu bezahlen, die für den v. R.'schen Haushalt geliefert worden sind. Der Bursche unterschlägt das Geld. Das Reichsmilitärgericht — III 181 — erachtet ihn für schuldig der Unterschlagung „unter Verletzung eines militärischen Dienstverhältnisses" nach M.St.G.B. § 138. Denn da ein Offiziersbursche auch zu Leistungen und Arbeiten im Hauswesen verpflichtet

sei, so sei es nach B.G.B. § 1356 ff. gleichgültig, ob ihm ein auf das Hauswesen bezüglicher Auftrag von dem Ehemann oder der Ehefrau erteilt werde. Auch wenn letztere dem Burschen ihr gehörige Haushaltsgelder zur Bezahlung von Wirtschaftsschulden übergebe, sei der Bursche zur Befolgung des Auftrags verpflichtet; er erhalte das Geld als Bursche, also vermöge seines militärischen Dienstverhältnisses, und verletze dieses, wenn er sich die erhaltenen Gelder dem Auftrage zuwider rechtswidrig aneigne.

Diese Entscheidung ruft schwere Bedenken hervor. Kann ein militärisches Dienstverhältnis Handlungen zum Inhalt haben, die rein private Angelegenheiten betreffen und gänzlich unmilitärischen Charakters sind? Diese Frage wird schwerlich bejaht werden können. Eine Abhandlung, die „die rechtliche Stellung des Offiziersburschen" (die ja in verschiedenen Beziehungen anomal ist) ex professo untersuchte, würde dankenswert sein!

5. Erlaubte Zwangshandlungen Vorgesetzter gegen Untergebene.

Nach § 124 M.St.G.B. sind rechtmäßig diejenigen Handlungen, die ein Vorgesetzter begeht, um seinen Befehlen im Fall der äußersten Not und dringendsten Gefahr Gehorsam zu verschaffen. Das Reichsmilitärgericht betont in I 92 zutreffend, daß äußerste Not und dringendste Gefahr kumulativ vorliegen müssen. Im einzelnen wird für das Vorliegen „äußerster Not" erfordert einmal, daß die vom Vorgesetzten befohlene Handlung dringend erforderlich war; sodann daß andre Mittel zur Erzwingung des Gehorsams als die an sich unerlaubte Handlung (z. B. Heranziehung eines andern Untergebenen zur Unterstützung) unthunlich waren. Die „dringendste Gefahr" wird als äußerste Gefahr für die Disziplin oder die Person des Vorgesetzten spezialisiert, so daß für Anwendung des § 124 kein Raum ist, wenn im konkreten Fall die Durchsetzung des Befehls ohne erhebliche Schädigung unterbleiben konnte.

Diese Erwägungen sind zutreffend und charakterisieren den Fall des § 124 richtig als einen Fall des Notrechts.

6. Volltrunkenheit als Schuldausschließungsgrund.

Die im Zustande der Volltrunkenheit begangenen Taten sind auch insoweit es sich um Delikte nach dem M.St.G.B. handelt, wegen ausgeschlossener Schuld straflos; M.St.G.B. § 49 Abs. 2 steht nicht entgegen, da er Zurechnungsfähigkeit bei der Tat voraussetzt und nur die nicht sinnlose Berauschung von der Berücksichtigung als Strafmilderungsgrund ausschließt. So II 94. Die Bedeutung der Entscheidung liegt nicht eigentlich auf juristischem Gebiet, denn für den Juristen konnte es kaum einen Zweifel über die Frage geben. Wohl aber wird die Entscheidung beitragen, verworrenen Ansichten über die militärstrafrechtliche Bedeutung der Trunkenheit, die sich vielfach in Laienkreisen finden, entgegenzuwirken.

7. Irrtum als Vorsatzausschließungsgrund.

In mehreren Entscheidungen (s. z. B. I 198, II 213) akzeptiert das Reichsmilitärgericht bedauerlicherweise die verfehlte Theorie des Reichsgerichts von Tat- und Rechtsirrtum samt der fundamentalen Zusammenwerfung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit mit dem Irrtum über die Strafbarkeit. Motiviert wird diese Auffassung nicht.

Zu welch seltsamen Ergebnissen man auf Grund dieser Lehre gelangt, zeigt namentlich der in I 198 entschiedene Fall[3]). Dort handelt es sich um eine von einer Person des Beurlaubtenstandes „im dienstlichen Verkehr" mit dem Vorgesetzten begangene Achtungsverletzung. Das Gericht stellt zunächst fest, daß „dienstlicher Verkehr" im Sinne des § 113 M.St.G.B. auch bei freiwilligem Erscheinen vor dem Vorgesetzten nicht ausgeschlossen ist, und spricht sodann dem Irrtum des Täters, er habe sich, weil freiwillig erschienen, nicht im dienstlichen Verkehr befunden, als einem „Irrtum über das Strafgesetz" jede Bedeutung ab. Hätte sich der Täter infolge eines „Tatsachenirrtums" in dem Glauben befunden, es liege kein dienstlicher Verkehr vor, so wäre Freisprechung erfolgt. Und der innere Grund solch verschiedener Behandlung? Etwa Strafe für Nichtkennen des Gesetzes?! Warum dann nicht auch Strafe für Nichtkennen der Tatsachen?

8. Bestrafung des befehlenden Vorgesetzten als Anstifters oder Täters.

Nach M.St.G.B. § 115 wird der Vorgesetzte, der durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von diesem begangenen Tat vorsätzlich bestimmt hat, als Täter oder als Anstifter mit erhöhter Strafe belegt. „Als Anstifter": wenn auf seiten des Untergebenen eine strafbare Handlung nach der objektiven, wie nach der subjektiven Tatseite vorlag; „als Täter": wenn der Untergebene nur als Werkzeug benutzt worden, der Vorgesetzte also „mittelbarer Täter" ist. So auch das Reichsmilitärgericht I 146.

9. Notwehrexceß.

Die Kontroverse, ob nur der sogenannte intensive Notwehrexceß unter die Strafloſigkeit des § 53 Abs. 3 St.G.B. fällt (Exceß in quanto) oder auch der sogenannte extensive Notwehrexceß (Exceß quoad tempus), entscheidet das Reichsmilitärgericht I 69 mit der herrschenden Meinung im erstern Sinne. Nun mag richtig sein, daß die Worte des § 53 Abs. 3 zunächst nur auf den Exceß in quanto abzielen. Aber damit ist die Frage nicht erledigt. Es bedurfte vielmehr noch der Prüfung — und auf diesen Punkt kommt die citierte Entscheidung nicht zu sprechen —, ob denn ein derartiger wesentlicher innerer Unter-

[3]) Ähnlich auch III 30.

schied zwischen den verschiedenen Fällen des Exzesses obwaltet, daß eine differenzierte Behandlung durch den Gesetzgeber glaubhaft und beabsichtigt erscheinen kann. Und diese Frage wird zu verneinen sein. Ist derjenige straflos, der in Bestürzung, Furcht oder Schrecken den Angreifer getötet hat, während eine Körperverletzung den Zweck der Abwehr ebensogut erfüllt hätte, so muß auch derjenige straflos sein, der in Bestürzung, Furcht oder Schrecken um ein Weniges zu spät, als schon der Angriff vorüber war, die Gegenverletzungshandlung vorgenommen hat. Es ist ja die seelische Verfassung, in der sich der Täter befindet, und die ihn zu Unerlaubtem fortreißt, auf der der Nachdruck liegt; ob die Unerlaubtheit sich auf Nichteinhaltung des gesetzten Maßes oder auf Nichteinhaltung der zeitlichen Grenze bezieht, erscheint demgegenüber nebensächlich.

10. Leugnen als Straferhöhungsgrund.

Die Preußische M.St.G.O. vom 3. April 1845 enthielt in § 106 den Satz:

„. . . dem Angeschuldigten ist vorzuhalten, daß hartnäckiges Leugnen oder freches Lügen die Erhöhung seiner Strafe zur Folge habe".

Der moderne Prozeß kennt keine Geständnispflicht und keinen Geständniszwang mehr. Deshalb darf auch nach der R.M.St.G.O. ein Vorhalt, wie der obige, dem Angeklagten nicht gemacht werden. Soviel steht fest.

Ist nun aber der jetzige Rechtszustand der, daß bloß der Vorhalt unstatthaft ist, daß aber die Straferhöhung wegen Leugnens auch heute noch eintreten kann? Das Reichsmilitärgericht bejaht die Frage III 68. Sicher zu Unrecht. Zwar würde es eine Übertreibung sein, wollte man dem Beschuldigten geradezu ein Recht, zu lügen, zusprechen. Ein solches Recht hat er nicht, er hat nur nicht die Pflicht, die Wahrheit zu sagen. Aber bereits aus diesem Gesichtspunkt folgt, daß ihm Leugnen nicht zum Nachteil gereichen darf, eben weil es nicht prozeßpflichtwidrig ist. Es braucht hier auf die zweifelhafte Frage, ob die Strafbarkeit des Täters in ihrer Höhe durch das Verhalten des Täters nach der Tat überhaupt beeinflußt werden kann, nicht eingegangen zu werden; soviel steht jedenfalls fest, daß unverbotenes Handeln nach der Tat die Strafbarkeit unter keinen Umständen vergrößern kann.

Wäre die reichsmilitärgerichtliche Auffassung richtig, so würde auch die Unzulässigkeit des in Rede stehenden Vorhalts einen recht fragwürdigen Fortschritt bedeuten. Denn wäre Straferhöhung wegen Leugnens statthaft, so wäre nicht recht abzusehen, weshalb der Beschuldigte auf diese mögliche Folge nicht sollte aufmerksam gemacht werden dürfen. Der „Fortschritt" bestände dann darin, daß der Beschuldigte nichtsahnend seine Strafbarkeit vergrößerte, und ihn das Gericht nicht einmal über diese Gefahr aufklären dürfte — ein wahres

privilegium odiosum. Im Vergleich dazu war der Geständniszwang von ehedem für ihn noch eine wahre Wohltat!

11. Minder schwere Fälle nach M.St.G.B.

Von jeher ist bestritten, ob das M.St.G.B. unter den „minder schweren Fällen" (§§ 58, 97, 122, 123, 139, 140) nur solche begreift, die in objektiver Hinsicht leichter wiegen, oder auch solche, die zwar objektiv nichts Besonderes bieten, aber subjektiv leichter wiegen. Das Reichsmilitärgericht stellt sich (I 35) auf letztern Standpunkt. In der Tat bedürfte auch die gegenteilige Meinung sprachlich wie sachlich ganz besonderer Stützen, und diese fehlen ihr. Es ist auch nicht außer acht zu lassen, daß, je siegreicher das Prinzip der Schuldhaftung das der Erfolgshaftung verdrängt, die subjektive Seite um so größere Bedeutung beansprucht.

12. Bildung einer Gesamtstrafe bei Zusammentreffen von Gefängnis und Arrest.

Bekanntlich faßt das M.St.G.B. Gefängnis, Festungshaft und Arrest unter der Bezeichnung „Freiheitsstrafe" zusammen und läßt diese Freiheitsstrafe, wenn ihre Dauer mehr als 6 Wochen beträgt, Gefängnis oder Festungshaft, bei kürzerer Dauer Arrest sein (§§ 16, 17). Es fragt sich nun, welche Strafe bei Realkonkurrenz die Einsatzstrafe gemäß § 74 St.G.B. zu bilden hat, wenn eine Arreststrafe und eine Gefängnisstrafe von kürzerer Dauer die Einzelstrafen sind. Zwar kann das Problem bei einer auf Grund des M.St.G.B. erkannten Gefängnisstrafe nicht entstehen, da deren Minimum nach den oben angeführten Gesetzesbestimmungen 6 Wochen und 1 Tag, das Maximum des Arrests dagegen 6 Wochen (bei strengem Arrest sogar nur 4 Wochen) sind. Wohl aber taucht das Problem auf, wenn auf Grund des Bürgerlichen Strafgesetzbuchs eine Gefängnisstrafe und daneben auf Grund des M.St.G.B. eine Arreststrafe von längerer Dauer ausgeworfen werden (z. B. 1 Woche Gefängnis und 5 Wochen Arrest).

Von Rubo ist die Ansicht aufgestellt worden, Gefängnis und Arrest seien überhaupt keine verschiedenen Strafarten, sondern nur verschiedene Benennungen einer und derselben Strafart. Vom Standpunkt dieser Auffassung aus würde die Gesamtstrafe durch Erhöhung derjenigen Strafe zu bilden sein, die in längerer Dauer als Einzelstrafe verhängt ist, und erst nach Bildung der Gesamtstrafe würde sich — je nachdem ob 6 Wochen oder mehr herauskommen — die Bezeichnung als Arrest oder Gefängnis ergeben.

Diese Rechtsansicht lehnt das Reichsmilitärgericht III 154 mit zutreffenden Gründen ab. Sind aber Gefängnis und Arrest verschiedene Strafarten, so fragt sich, welches die schwerere von ihnen sei. Das Reichsmilitärgericht a. O. will beide als gleichwertig gelten lassen. Der Beweis wird, soviel wir sehen, nur unter Bezugnahme

darauf geführt, daß das Gesetz keine Proportion festsetze. Damit dürfte indessen nichts bewiesen sein, denn daß keine ziffermäßige Wertrelation angegeben ist, spricht noch lange nicht für die Gleichwertigkeit, sonst müßte z. B. auch Zuchthausstrafe, Gefängnis usw. der Todesstrafe gleichwertig, zeitige Zuchthausstrafe der lebenslänglichen gleichwertig geachtet werden usw. Zu gunsten der reichsmilitärgerichtlichen Auffassung ließe sich vielleicht geltend machen, daß das Gesetz die militärische Gefängnisstrafe mit 6 Wochen 1 Tag unmittelbar anschließen läßt an die Höchstarreststrafe mit 6 Wochen. Für denjenigen, der die Arreststrafe als minderwertig auffaßt, entsteht hier zwischen der Strafgröße 6 Wochen Arrest (= Gefängnis von 6 Wochen **minus X**) und 6 Wochen + 1 Tag Gefängnis eine unausgefüllte Lücke, die nicht recht motiviert erscheint. Auch dies Argument gegen die Wertabstufung zerschmilzt jedoch unter den Händen, denn gerade der strenge Arrest, der doch am nächsten an das Gefängnis herankommt, kann nur bis 4 Wochen verhängt werden; die Lücke zwischen Maximalarrest und Minimalgefängnis ist also unbedingt vorhanden. Daß Arrest nun in Wirklichkeit die leichtere Strafart ist, ergibt sich nicht nur aus dem Parallelismus mit der bürgerlich-strafrechtlichen Haftstrafe, sondern mehr noch aus den unmöglichen Konsequenzen gerade im Falle einer Gesamtstrafe. Wären nämlich Gefängnis und Arrest gleich schwere Strafarten, so könnte die Gesamtstrafe, wenn die längere Einzelstrafe in Arrest bestünde, auch wieder nur in Arrest bestehen, d. h. der Taten mögen noch so viele sein, die höchstmögliche Gesamtstrafe ist dann 6 Wochen Arrest (bei strengem Arrest sogar nur 4 Wochen). Beispiel:

Tat 1 Einzelstrafe 6 Wochen oder z. B. 5 Wochen 3 Tage Arrest,
" 2 " 5 " Gefängnis,
" 3 " 5 " "
" 4 " 4 " "
" 5 " 4 " " ;

dann könnte die Gesamtstrafe nicht über 6 Wochen Arrest hinaus, während derjenige, der Gefängnis für die schwerere Strafart ansieht, vermutlich eine Gesamtstrafe von zirka 10—12 Wochen Gefängnis bilden würde. Ein innerer Grund für jene milde Bestrafung wäre aber schlechthin nicht einzusehen.

13. Gesamtstrafe im Falle des § 79 St.G.B.

Der Fall, den das Reichsmilitärgericht in II 261 entschieden hat, lag folgendermaßen:

Der Angeklagte hat eine Tat X begangen und ist derentwegen durch erstinstanzliches Urteil vom 5. November 1901 zu Strafe verurteilt, das Urteil ist aber mit Berufung angefochten, vom Oberkriegsgericht durch Urteil vom 11. Dezember 1901 aufgehoben und durch ein anderweites, auf Strafe lautendes Urteil ersetzt worden. Dieses zweitinstanzliche Urteil ist rechtskräftig geworden, die erkannte

Strafe ist noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen. Jetzt wird der Angeklagte wegen einer Tat Y bestraft, die zwischen dem 5. November 1901 (erstinstanzliches Urteil in der Strafsache X) und dem 11. Dezember 1901 (zweitinstanzliches Urteil in der Strafsache X) begangen ist. Das Oberkriegsgericht erkennt unter Anwendung des § 79 St.G.B. auf eine Gesamtstrafe. Dies mit vollem Recht. Denn die erstinstanzliche Verurteilung in der Strafsache X, die gar nicht rechtskräftig geworden ist, scheidet für die Betrachtung gänzlich aus. Worauf es für § 79 St.G.B. ankommt, ist ausschließlich, ob das Gericht, auf dessen Urteil die zuerst rechtskräftig gewordene Strafsestsetzung wegen der einen Tat zurückgeht, im Zeitpunkt dieser Urteilsfällung den § 74 hätte anwenden müssen, wenn damals die Strafsache bei ihr mit anhängig gewesen wäre. § 79 St.G.B. will nur dem Zufall der successiven Aburteilung die Spitze abbrechen. Das am 11. Dezember 1901 urteilende Oberkriegsgericht hätte nun natürlich den § 74 anwenden müssen, wenn außer der Strafsache X die Strafsache Y mitanhängig gewesen wäre, die Tat Y war damals ja schon begangen. Die Gesamtstrafe war also ganz am Platze.

Anders das Reichsmilitärgericht II 261:

„Man wird anzunehmen haben, daß der Gesetzgeber den Grundsatz des § 74 auf den Fall des § 79 nur dann hat ausdehnen wollen, wenn der zweite Richter auch tatsächlich in der Lage ist, durch ein und dasselbe Urteil sämtliche Delikte zur Aburteilung zu bringen, wenn also insbesondere auch die prozessualen Vorbedingungen einer gleichzeitigen Aburteilung der vor seinem Urteile liegenden Delikte gegeben sind. Hieran fehlt es aber im vorliegenden Falle, da zu der Zeit des oberkriegsgerichtlichen Urteils vom 11. Dezember 1901 die zeitlich zwischen diesem und dem kriegsgerichtlichen Urteile vom 5. November 1901 begangenen neuen Delikte des Angeklagten noch nicht einmal in erster Instanz abgeurteilt waren, eine gleichzeitige Aburteilung dieser Delikte und der im Wege der Berufung zur Entscheidung des Oberkriegsgerichts gelangten derzeit also ausgeschlossen war."

Aber von den Zufälligkeiten der prozessualen Situation will ja § 79 St.G.B. gerade die Gesamtstrafe unabhängig stellen!

14. Beleidigung, Wahrnehmung berechtigter Interessen[6]).

In I 177 schließt sich das Reichsmilitärgericht der reichsgerichtlichen Praxis an, die unter dem „Vorhandensein einer Beleidigung" im Sinne des § 193 St.G.B. die auf Beleidigung gerichtete Absicht versteht. Die gewichtigen Gründe, die gegen diese Auslegung von seiten der Theorie ins Feld geführt worden sind, sind leider mit Stillschweigen übergangen.

---

[6]) Vgl. auch oben Nr. 3 S. 248.

15. Unterschlagung durch Spezifikation, Hehlerei an den spezifizierten Sachen.

In einer Strafanstalt haben Gefangene aus Abfallstoffen im Werte von 15 Pfennigen, die dem Fiskus gehörten, für sich Hosenträger und Uhrentaschen hergestellt. Die Angeklagten haben alsdann diese Gegenstände ihres Vorteils wegen an sich gebracht. Das Reichsmilitärgericht verneint die Hehlerei. Denn nach B.G.B. § 950 hätten die Gefangenen, da es nach diesem § 950 auf Gut- oder Bösgläubigkeit nicht ankomme, und der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer sei, als der Wert des Stoffes, durch die Verarbeitung das Eigentum erworben. Der den verwendeten Stoffen anhaftende Makel des strafrechtswidrigen (so!) Erwerbs sei durch die Spezifikation getilgt, denn mit der Herstellung der Hosenträger und Uhrtaschen hätten die verwendeten Stoffe überhaupt aufgehört, als selbständige Sachen zu existieren. Auch eine Übertragung jenes Makels auf die neu hergestellten Gegenstände sei ausgeschlossen, da die Gefangenen sich diese auf eine Weise verschafft hätten, die eine vom Gesetz anerkannte Eigentumserwerbsart bilde.

Man wird diesen Darlegungen im wesentlichen zuzustimmen haben. Vielleicht ist aber die Verneinung der Hehlerei noch etwas schärfer zu präzisieren. Zunächst dürfte dem Argument, daß die verwendeten Stoffe durch die Spezifikation aufgehört hätten, als selbständige Sachen zu existieren, keine durchschlagende Kraft beizumessen sein. Denn wenn auch das Zivilrecht das Arbeitsprodukt als eine nova species, eine neue selbständige Sache behandelt, so kann dies doch eben nur für den Bereich des zivilen Rechtsverkehrs gelten. Durch diese zivilrechtliche Konstruktion wird die Tatsache nicht beseitigt, daß die Stoffe in Wirklichkeit in dem Arbeitsprodukt enthalten sind. Für § 259 St G.B. ist aber allein ausschlaggebend, ob die Sache mittels der Vortat erlangt ist, ob sie weiterhin zivilrechtlich „selbständig" geblieben ist, ist ganz gleichgültig. Waren die Stoffe mittels einer strafbaren Handlung erlangt, so bleiben sie taugliches Hehlereiobjekt auch wenn sie inzwischen ihre Gestalt geändert haben. Überdies handelt es sich ja gar nicht um eine an den Stoffen als solchen verübte Vortat, so daß diese als Hehlereiobjekt in Frage ständen, sondern die Arbeitsprodukte selber sind es ja, die mittels der strafbaren Handlung erlangt sind. Käme es also auch auf die zivilrechtliche Selbständigkeit an, so würde dieser Gesichtspunkt doch hier gleichgültig sein, da die zu hehlenden Objekte schon aus der Vortat so hervorgegangen sind, wie sie im Zeitpunkt der fraglichen Hehlerei waren. Der springende Punkt wird vielmehr der sein, daß die Spezifikation „eine vom Gesetz anerkannte Eigentumserwerbsart bildet". Denn wie alle strafbaren Handlungen, so fordert auch die Hehlerei das Requisit der Rechtswidrigkeit. Wer in nicht rechtswidriger Weise Sachen an sich bringt usw., ist kein Hehler. Derjenige aber, der die Sache vom Eigentümer überkommt, bringt sie nicht rechtswidrig

an sich. Indem also die Spezifikation Eigentum verschafft, schafft sie einen neuen Rechtsboden, und deshalb kann von Hehlerei zum Nachteil der vormaligen Eigentumsordnung keine Rede mehr sein.

In Verbindung hiermit drängt sich eine andre Frage auf, die das Reichsmilitärgericht zu prüfen keine Veranlassung hatte, die aber juristisch bedeutsam ist. Wenn die Spezifikation eine „rechtlich anerkannte Eigentumserwerbsart" auch bei mala fides ist, kann denn dann überhaupt eine an fremder Sache durch den Gewahrsamsinhaber vorgenommene Spezifikation eine „rechtswidrige Zueignung", also eine Unterschlagung, sein? Das nicht Verbotene ist nicht rechtswidrig, folglich scheint die Verneinung der Frage geboten zu sein. Allein wenn das bürgerliche Recht eine Handlung in dem Sinne als gültige „Rechtshandlung" anerkennt, daß sie rechtliche Wirkungen für Erwerb von Rechten usw. anerkennt, so ist die Handlung damit nicht zu einer unverbotenen oder erlaubten geworden (für Rechtsgeschäfte ausgesprochen in B.G.B. § 134). Es gibt unerlaubte Handlungen, die trotz ihrer Unerlaubtheit als ziviliſtische Rechtshandlungen gültig sind. Hierher muß der Fall der Spezifikation durch den Nichteigentümer gerechnet werden. Die Zueignung ist in ihrer Wirkung rechtgemäß, der Zueignungsakt dagegen ist rechtswidrig. Das Vorliegen einer Unterschlagung wird also nicht zu bestreiten sein.

16. Buße im Militärstrafprozeß.

Wenn das materielle Recht dem durch eine strafbare Handlung Verletzten einen Bußanspruch gibt, so scheint nichts natürlicher, als daß der Verletzte diesen Anspruch in jedem Strafprozeß verfolgen könne. Dieser Auffassung ist auch das Reichsmilitärgericht, indem es (I 14 und sonst) im Militärstrafprozeß die Zusprechung einer Buße auf Grund eines einfachen Antrages des Bußberechtigten zulassen will. Die Nichtgewährung des Privat- und Nebenklageweges durch die M.St.G.O. im Gegensatz zur St P.O. wird also nicht als Verweigerung des Militärstrafprozeßweges, sondern im Gegenteil als eine Erleichterung aufgefaßt. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Zunächst sprechen schon äußere Gründe gegen sie. Hat die M.St.G.O. die Institute der Privat- und der Nebenklage nicht aufgenommen, so sind sie mit allen ihren Funktionen abgelehnt, und es geht nicht an, eine ihrer Funktionen in einer dem bürgerlichen Prozeß ganz unbekannten Umformung in den Militärstrafprozeß zu übertragen. Schwerer noch wiegen folgende Erwägungen: Der Bußanspruch ist seinem Wesen nach, wie heute ja fast allseitig anerkannt, eine Spielart des zivilrechtlichen Entschädigungsanspruchs Ist er das aber, so ist seine Verweisung auf den Strafrechtsweg eine Anomalie, die nur soweit als geltenden Rechtens behauptet werden kann, als es direkt im Gesetz gesagt ist. Schweigt die M.St.G O., so ist daraus zu folgern, daß sich hier der Strafrechtsweg nicht auf den Bußanspruch erstreckt. Auch konstruktiv erwachsen bei Annahme der reichsmilitär-

gerichtlichen Auffassung manche Zweifel. Wer im Prozeß ein Bußbegehren verficht, ist insoweit Kläger und hat somit Anspruch auf rechtliches Gehör sowie andre Parteirechte, namentlich Rechtsmittelrechte. Wird das Reichsmilitärgericht geneigt sein, ihm solche zuzugestehen?

Es ist richtig, daß, wenn man die Buße aus dem Militärstrafverfahren fernhält, die materiell-rechtlichen Sätze über Buße insoweit unrealisirbar werden. Ein wirklicher Schade ist das aber nicht, da der Verletzte anstatt des Bußanspruchs den regelrechten Entschädigungsanspruch im Zivilprozeßwege verfolgen kann.

17. Undelegierbarkeit der gerichtsherrlichen Befugnisse.

Ein Gerichtsherr hatte den Zusammentritt eines Kriegsgerichts durch eine Verfügung folgenden Inhalts angeordnet;

„Als Richter hat das Ulanenregiment x. einen Major, einen Rittmeister und zwei Oberleutnants zu kommandieren."

Das Reichsmilitärgericht (I 193) legt überzeugend dar, daß diese Bildung des Kriegsgerichts dem § 53 M.St.G.O. nicht gerecht wird, weil danach der Gerichtsherr selber nach Maßgabe der bei ihm zu führenden Kommandierrolle die Richter zu berufen hat und die Berufung nicht einem Truppenteil überlassen kann. Das so gebildete Kriegsgericht ist, wie weiter zutreffend ausgeführt wird, gesetzwidrig gebildet und nicht vorschriftsmäßig besetzt im Sinne des § 400[1] M.St.G.O.

18. Kraft Gesetzes ausgeschlossene Richter.

In einer Strafsache hatte der Gerichtsherr Haftbefehl erlassen. Der Angeklagte hatte Rechtsbeschwerde an den höheren Gerichtsherrn eingelegt, und dieser hatte über die Rechtsbeschwerde unter Mitzeichnung des Oberkriegsgerichtsrats E. entschieden. Oberkriegsgerichtsrat E. hatte dann in der Hauptverhandlung vor dem Oberkriegsgericht als erkennender Richter mitgesessen. Im Hinblick auf § 122[4] M.St.G.O. führt das Reichsmilitärgericht — III 8 — aus:

„Die Tätigkeit des Oberkriegsgerichtsrats E. bei der Entscheidung der Rechtsbeschwerde kann nicht als Amtshandlung des „Untersuchungsführers im Ermittelungsverfahren" oder des „Vertreters der Anklage" aufgefaßt werden. Oberkriegsgerichtsrat E. war lediglich Berater des Gerichtsherrn II. Instanz über einen Incidentpunkt des Verfahrens. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß das Gesetz im § 122 Nr. 4 alle durch amtliche oder dienstliche Handlungen an der speziellen Untersuchung wesentlich beteiligte Personen von der Stellung als erkennende Richter ausschließen wollte. Nur durch völlig unbefangene, durch keine vorangegangene wesentliche Tätigkeit und durch keine aus solcher Tätigkeit entspringende Erwägungen über Schuld und Nichtschuld beeinflußte Richter sollten an dem erkennenden Gerichte

teilnehmen. Es muß ferner zugegeben werden, daß Oberkriegsgerichtsrat E. bei Erledigung der Rechtsbeschwerde gegen den Haftbefehl in eingehende Erwägungen darüber eintreten mußte, ob und welche dringende Verdachtsgründe gegen den Beschuldigten vorlagen und daß er über das Resultat dieser Erwägungen verantwortlichen Vortrag gehalten hat (§§ 175, 176 M.St.G.O.). Er war also im Sinne des Gesetzes nicht mehr unbefangen. Allein das Gesetz hat den Zweck, alle infolge ihrer amtlichen oder dienstlichen Tätigkeit nicht völlig unbefangenen Personen von dem Amte als erkennende Richter auszuschließen, dadurch zu erreichen gesucht, daß es im § 122 Nr. 4 die einzelnen, zur Ausschließung führenden Tätigkeiten aufzählt. Ausgeschlossen sind hiernach lediglich der Gerichtsherr, der Untersuchungsführer im Ermittelungsverfahren, der Vertreter der Anklage, der Verteidiger und der Vorgesetzte, welcher den Tatbericht eingereicht hat. Der Berater des Gerichtsherrn ist nicht mit aufgeführt, und der Senat ist nicht in der Lage, im Wege einer auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützten Auslegung die von dem Gesetze klar und festbegrenzte Zahl der von Amtswegen ausgeschlossenen Personen zu erweitern." Vielmehr seien die Berater des Gerichtsherrn lediglich als befangen ablehnbar.

Die Entscheidung dürfte ein sprechender Beleg für die auffallende Unbeliebtheit des Analogieschlusses in der kriminellen Judikatur sein. Das höchste Militärgericht legt ausführlich dar, daß die Bestimmung in § 22[4] M.St.G.O. lediglich der Ausfluß eines allgemeineren Gedankens ist, der auch noch andre Fälle. als die in § 22[4] ausdrücklich genannten ergreift. Nichtsdestoweniger tut es den Schritt nicht, die unbenannten Fälle „wegen Gleichheit des Rechtsgrundes" den benannten gleichzustellen. Aber es dürfte hier doch geradezu ein Schulbeispiel für Analogie vorliegen. Im Gebiete des Zivilrechts würde hier sicher unbedenklich mittels des Analogieschlusses operiert werden; denn von einem argumentum e contrario kann ja keine Rede sein, da der gesetzgeberische Wille zweifellos nicht auf Ausschließung der unbenannten Fälle von der Regelung gerichtet war. Warum soll, was dem Zivilrecht recht ist, nicht auch dem Strafprozeß billig sein?

19. Bedeutung des Zeitpunkts für Aufstellung der Offizierrichterliste (M.St.G.O. §§ 41, 68).

Im Gumbinner Mordprozeß bildete einen der Beschwerdepunkte des einen Angeklagten bei seiner Revision der Umstand, daß die Offizierrichter des Oberkriegsgerichts nicht einer vor Beginn des Geschäftsjahres aufgestellten Richterliste entnommen worden seien. Die Aufstellung dieser Liste vor Beginn des Geschäftsjahres wird durch § 68, vgl. § 41, M.St.G.O., dem Gerichtsherrn zur Pflicht ge-

macht. Es fragt sich nun, ob ein Gericht, dessen Offizierrichter einer erst im Laufe des Geschäftsjahrs aufgestellten Liste entnommen sind, als „vorschriftsmäßig besetzt" im Sinne des § 400 M.St.G.O. gelten kann. Die Frage wird von Frank, Deutsche Juristen-Zeitung Bd. VI S. 418 verneint. Das Reichsmilitärgericht bejaht sie — II 154 —, indem es dem Satze, daß die Liste vor Jahresbeginn vorliegen muß, nur instruktionelle Bedeutung beimißt. Und in der Tat wird man sich dem Gewicht der Gründe des Gerichtshofs nicht verschließen können. Die Mitternachtsstunde zwischen Sylvester und Neujahr kann schwerlich so einschneidende Bedeutung haben, daß die um 11 Uhr nachts erfolgte Listenaufstellung gültig, die 1 Uhr in derselben Nacht erfolgte ungültig wäre. Der Kernpunkt der gesetzlichen Bestimmung ist der, daß die Richterbestellung eine generelle sein, nicht ad hoc erfolgen soll. Diesem Zweck kann aber auch eine erst im Laufe des Jahres formierte Liste gerecht werden. Wäre die Zeitpunktsfixierung im Gesetz imperativisch gemeint, so wäre mit Versäumung dieses Zeitpunkts die Justiz hinsichtlich des betreffenden erkennenden Gerichts für das ganze Jahr stillgestellt, eine unmäßig große Wirkung einer sehr geringfügigen Ursache, die das Gesetz schwerlich gewollt haben kann.

20. Mehrheit der erkennenden Gerichte bei Einheit des Gerichtsherrn?

Jedem Gerichtsherrn entspricht organisationsmäßig ein erkennendes Gericht. Somit kann auch die gemäß §§ 68, 41 M.St.G.O. aufzustellende Liste nur eine sein. Es geht nicht an, daß der Gerichtsherr für Tagungen an einem Orte seines Kommandobereichs eine besondere Liste aufstellt, aus der die „ständigen" Richter entnommen werden sollen; diese Separatliste wäre bedeutungslos und würde den in sie eingestellten Offizieren nicht den Charakter von ständigen Richtern im Sinne der §§ 68, 41 M.St.G.O. verleihen. So zutreffend das Reichsmilitärgericht im Gumbinner Prozeß (II 157).

21. Vorrang des Richteramts vor der Verteidigerfunktion.

Ein Gerichtsherr bestellte einen Korvettenkapitän, der nach der Richterliste berufen gewesen wäre, in der betreffenden Strafsache als erkennender Richter zu fungieren, zum Verteidiger des Angeklagten; in der Hauptverhandlung wurde der Korvettenkapitän in seiner richterlichen Eigenschaft durch seinen Stellvertreter ersetzt und fungierte als Verteidiger im Einverständnis mit dem Angeklagten. Das Reichsmilitärgericht führt überzeugend aus — III 280 —, daß dies Strafverfahren ungesetzlich gewesen sei.

Es handelt sich dabei in letzter Linie um die Frage, ob das Richteramt oder die Verteidigerfunktion den Vorrang habe. Daß beide miteinander inkompatibel sind, steht fest; es fragt sich nur, welche der beiden Tätigkeiten der andern zu weichen hat. Mit Recht

weist der höchste militärische Gerichtshof darauf hin, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Wahrnehmung des Richterdienstes, dem Grundsatz der Ständigkeit gemäß, nicht durch Abkommandierung des Richteroffiziers illusorisch gemacht werden dürfen, und daß für die Bestallung zum Verteidiger keine Ausnahme gelten darf. Man wird aber noch weiter greifen und den Satz aufstellen müssen, daß ein in der betreffenden Strafsache dem erkennenden Gericht kraft Gesetzes angehörender Richter, gleichviel ob Jurist oder Offizier, überhaupt unfähig ist, als Verteidiger, sei es auf Grund einer Bestellung, sei es als Wahlverteidiger, zu fungieren; vielmehr das Richteramt vorgeht. Denn zum Richter destiniert ihn das Gesetz; und so wenig er *selber* sich dieser Tätigkeit entschlagen kann, ebensowenig kann ihn jemand anders durch freien Wahlakt — und ein solcher liegt vor bei der „Wahl" wie bei der „Bestellung" zum Verteidiger — der richterlichen Tätigkeit entziehen. Daß auch das Einverständnis aller Beteiligten hieran nichts ändern kann, wird vom Reichsmilitärgericht zutreffend mit Bezugnahme auf das Interesse der „öffentlichen Ordnung" dargetan.

22. Vornahme strafprozessualer Akte durch den Gerichtsherrn und deren Verwertung zum Beweise in der Hauptverhandlung.

Eine der Revisionsrügen des einen Angeklagten im Gumbinner Mordprozeß bezog sich darauf, daß der Gerichtsherr erster Instanz, Generalleutnant v. A., nach Eröffnung des Ermittelungsverfahrens in gesetzlich unzulässiger Weise Haussuchungen bei dem Vater des Angeklagten und bei H. vorgenommen, sowie auch die Frau M. und H. verhört habe, daß er hierüber als Zeuge eidlich vernommen, und daß das durch eine derartige gesetzwidrige Handlung beschaffte Beweismaterial bei der Entscheidung verwertet sei.

Das Reichsmilitärgericht erachtet diese Rüge für nicht begründet — II 160 — aus folgenden Erwägungen heraus (deren wörtliche Mitteilung nicht umgangen werden kann):

> „Der militärische Befehlshaber wird dadurch, daß mit seiner dienstlichen Stellung auch die Gerichtsbarkeit verknüpft ist, in den ihm als militärischem Vorgesetzten zustehenden Rechten grundsätzlich nicht weiter beschränkt, als dies aus der klaren Absicht des Gesetzes sich ergibt. Die M.St.G.O. entzieht dem Gerichtsherrn die Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen, sie verwehrt ihm — und nur dahin ist der zweite Satz des § 167 Abs. 1 M.St.G.O. zu verstehen — die Teilnahme an den vom Untersuchungsführer vorzunehmenden Untersuchungshandlungen, sie schließt seine Anwesenheit in der Hauptverhandlung aus und sie bindet ihn — bis auf wenige Ausnahmefälle — beim Erlasse von Entscheidungen und Verfügungen an die Mitzeichnung des ihm zugeordneten richterlichen Militärjustizbeamten (§ 97 M.St.G.O.). Die M.St.G.O. beschränkt aber

den Gerichtsherrn nicht in denjenigen Befugnissen, die ihm als dem militärischen Vorgesetzten auf dem disziplinaren und militärpolizeilichen Gebiete zustehen.

Diejenigen Handlungen, welche der Generalleutnant v. A. vorgenommen hat, waren nicht Untersuchungshandlungen in dem Sinne, daß sie allein und ausschließlich von dem Untersuchungsführer oder einem andern richterlichen Beamten hätten vorgenommen werden können; sie lagen vielmehr auf dem militärpolizeilichen Gebiete.

Wie im bürgerlichen Verfahren dem Staatsanwalt, so steht im militärischen Verfahren dem Gerichtsherrn die Strafverfolgung zu. Und wie der Staatsanwalt, selbst nach eröffneter Voruntersuchung, noch neben dem Untersuchungsrichter selbständig Ermittelungen anstellen oder durch die Polizei veranlassen kann, so ist auch dem Gerichtsherrn das Recht nicht zu bestreiten, militärpolizeiliche Nachforschungen auch dann noch anzustellen, wenn er das Ermittelungsverfahren angeordnet hat. Der Generalleutnant v. A. hat auch gar nicht beabsichtigt, andre als militärpolizeiliche Handlungen vorzunehmen. Er erklärt als Zeuge in der Hauptverhandlung unter seinem Eide, daß er als militärischer Vorgesetzter gehandelt; ob sich dieser von dem Gerichtsherrn unterscheiden lasse, wisse er nicht. Er hat auch kein Protokoll aufgenommen und damit zu erkennen gegeben, daß es sich für ihn nur um eine dienstliche Orientierung handelte. Die Frage, ob ein solches Eingreifen des Gerichtsherrn neben dem Untersuchungsführer durch die Umstände geboten oder auch nur angezeigt sei, steht im Ermessen des Gerichtsherrn und entzieht sich der Prüfung des Revisionsgerichts.

Daß die eidliche Vernehmung des Generalleutnants v. A. als Zeugen über die von ihm gemachten Wahrnehmungen und die Verwertung seiner Aussage bei der Entscheidung nicht unzulässig war, ergibt sich aus dem Ausgeführten ohne weiteres."

Soweit das Reichsmilitärgericht.

In diesen Ausführungen dürfte Richtiges mit Unrichtigem gemischt sein. Es sind folgende Fragen auseinander zu halten:

1. a) Kann der Gerichtsherr strafprozessuale Untersuchungshandlungen vornehmen?

b) Kann er disziplinäre und militärpolizeiliche Handlungen vornehmen?

2. Welches Kriterium scheidet die Handlungen zu 1 b von denen zu 1 a, und waren demgemäß die Handlungen des Generalleutnants v. A. solche der ersten oder solche der zweiten Gruppe?

3. Können gerichtsherrliche Handlungen, die strafprozessualen Untersuchungscharakter tragen, und können disziplinäre und militärpolizeiliche Handlungen des Gerichtsherrn samt den Ergebnissen, die

sie zu Tage gefördert haben, zum Gegenstand der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung gemacht werden?

Zu 1 a ist die Beantwortung zweifellos. Ist dem Gerichtsherrn sogar die bloße Teilnahme an den Untersuchungshandlungen des Untersuchungsführers untersagt (M.St.G.O. § 167 Abs. 1 S. 2), so darf er strafprozessuale Untersuchungshandlungen erst recht nicht allein vornehmen. Es ist unzulässig, daß er im Rahmen des Strafprozesses einen Zeugen vernimmt, Haussuchungen abhält usw. Täte er solches, so befände er sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung, es wäre Notwehr dagegen zulässig, ein Widerstand dagegen wäre nicht strafbar, er selber wäre je nach Lage der Sache strafbar (St.G.B. §§ 339, 342 usw.).

1 b. Ebenso klar ist, und darin ist das Reichsmilitärgericht im Recht, daß der Gerichtsherr, insoweit er zugleich Disziplinarvorgesetzter oder Militärpolizeiorgan ist, durch die M.St.G.O. in keiner Weise beschränkt ist. Disziplinäre und militärpolizeiliche Befugnisse kann er auch während Obschwebens eines Strafprozesses unverkürzt ausüben. Aber schief ist es, wenn sich das Reichsmilitärgericht zum Erweise hierfür auf die Stellung des Staatsanwalts und der Polizei im bürgerlichen Strafprozeß beruft. Staatsanwaltschaft und Polizei im bürgerlichen Strafprozeß haben die — dem Gerichtsherrn vorenthaltene — Befugnis zu wirklichen strafprozessualen Untersuchungshandlungen (von Vereidigungen usw. abgesehen) und dürfen solche konkurrierend mit dem Gericht vornehmen. Der Vergleich hinkt also. Zutreffen würde er, wenn etwa der Staatsanwalt gleichzeitig als Ankläger in einer Disziplinarstrafsache in Betracht käme. Daß dagegen echte strafprozessuale Handlungen des Staatsanwalts mit disziplinären und militärpolizeilichen Handlungen des Gerichtsherrn kein tertium comparationis gemein haben, wird nicht bestritten werden können. Indessen, wie gesagt, es bedarf solcher Stützung des Satzes durch Bezugnahme auf die staatsanwaltschaftlichen Befugnisse gar nicht. Die These ist an sich klar.

2. Wonach aber bestimmt sich die Zugehörigkeit einer gerichtsherrlichen Handlung zum Strafprozeß einerseits oder zur Disziplinbetätigung oder Militärpolizei auf der andern Seite? Es ist sicher, daß ein und dasselbe Vorgehen (Durchsuchung, Abhörung eines Zeugen usw.) je nach Lage des Falles diesen oder jenen Charakter tragen kann. Aber wann das eine und wann das andre der Fall ist, das bedarf der Feststellung, und in dieser Hinsicht kann das Erkenntnis des Reichsmilitärgerichts nicht befriedigen, weil der Begriff der Militärpolizei nicht präzisiert ist. Polizeitätigkeit ist die Tätigkeit, die auf Abwehr von Störungen gerichtet ist (Präventivpolizei). Sie steht im scharfen Gegensatz zu der Tätigkeit, die auf Bestrafung vorgekommener Störungen gerichtet ist; wenn der Polizei auch in letzterer Beziehung Aufgaben zugewiesen sind (Repressivpolizei), so tragen diese ihrem Wesen nach eben keinen polizeilichen, sondern echten strafprozessualen Charakter. Das ist wichtig, weil beim Schweigen

des Gesetzes die Polizeiorgane keine Repressiv- (Strafverfolgungs-) Tätigkeit zu entwickeln haben. Nun ist die Militärpolizei nirgends auf Repressivtätigkeit erstreckt, und das ist überaus einleuchtend, weil eben die Militärstrafverfolgungsorgane selber diese Tätigkeit ausüben. Folglich ist militärpolizeiliche Tätigkeit eben nur die auf Abwehr von Störungen berechnete, präventive Tätigkeit (Fernhaltung von Neugierigen bei Manövern durch Feldgendarmen usw.).

Es liegt auf der Hand, daß von militärpolizeilicher Tätigkeit in dem Falle des Generalleutnants v. A. nicht entfernt die Rede sein kann. Auf Abwehr von Störungen waren doch wahrlich weder die Haussuchung, noch die Zeugenvernehmungen berechnet! Daß er nur die Absicht gehabt habe, sich eine „dienstliche Orientierung" zu verschaffen, reicht nicht hin, um seine Tätigkeit als eine militärpolizeiliche erscheinen zu lassen.

Daß das Eingreifen des Generalleutnants v. A. auch nicht aus dem disziplinären Gesichtspunkt gerechtfertigt werden kann, ist ebenfalls zweifellos. Ganz abgesehen davon, daß sich Disziplinarhandlungen nur gegen Untergebene, aber nicht gegen deren Väter und Ehefrauen richten können, — so fehlte doch jedes Disziplinarverfahren, in dessen Rahmen jene Handlungen einbeziehbar gewesen wären. Auch das Reichsmilitärgericht ist nicht für den Disziplinarcharakter eingetreten

Vielmehr war das Vorgehen des Gerichtsherrn ein echtes strafprozessuales, es diente ihm zur „dienstlichen (d. h. gerichtsherrlichen) Orientierung", fiel durchaus in den Rahmen des Strafverfahrens, und war somit widerrechtlich.

3. Wären durch das widerrechtliche Handeln des Gerichtsherrn Beweismittel zum Vorschein gebracht worden, z. B. Überführungsstücke, die die Haussuchung zu Tage gefördert hätte, so wären diese in strafprozessual unzulässiger Weise erlangten Beweismittel rechtlich unbenutzbar gewesen. Nur die ordnungsmäßig erlangten Beweismittel dürfen für die Bildung der Urteilsgrundlagen benutzt werden. Aber eine ganz andre Frage ist die, ob der Gerichtsherr über seine bei seinem Eingreifen gemachten Wahrnehmungen als Zeuge vernommen werden kann. Daß er über Wahrnehmungen, die er bei disziplinarischer oder militärpolizeilicher Tätigkeit gemacht hat, vernommen werden kann, bedarf keines Beweises. Wie aber steht es mit einer Vernehmung über Wahrnehmungen, die er bei unzulässigen strafprozessualen Handlungen (s. oben 2) erzielt hat? Man wird, so bedenklich dies auch zu sein scheint, auch hier die Vernehmung nicht beanstanden können. Denn das Beweismittel ist er selbst, und „ordnungsmäßig erlangt" ist dieses Beweismittel für das Gericht gewiß. Es handelt sich also um die Erlaubtheit des Beweisthemas, mit andern Worten um die Frage, ob das Beweisthema von einem Beweisverbot betroffen ist. Das ist zu verneinen. Es gibt keinen Satz, der einen Zeugen über Tatsachen zu vernehmen verböte, deren Kenntnis er sich auf unerlaubte Weise verschafft hat. Es kann z. B. jemand, der durch Einbruch in das Telegraphengeheimnis den Inhalt

einer Depesche erforscht hat, sehr wohl über sein Wissen als Zeuge vernommen werden. Somit ist auch die Vernehmung des Gerichtsherrn als Zeugen über die unerlaubt gemachten Wahrnehmungen statthaft (mit der Maßgabe, daß er, insoweit er sich durch sein Vorgehen strafbar gemacht hat, gemäß § 190 M.St.G.O. auskunftsweigerungsberechtigt ist).

23. Bezugnahme auf Anlagen usw. in prozessualischen Schriftstücken.

Nach herrschender Praxis müssen Rechtsmitteleinlegungen und -Rechtfertigungen, Wiederaufnahmeanträge, Anträge auf Klageprüfungsverfahren und dergl. in sich selbst die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben enthalten, so daß namentlich eine Bezugnahme auf etwa zuvor eingereichte Schriftstücke, auf andre Protokolle und dergl., unbeachtlich sein soll. Eine Ergänzung des Antrages aus jenen in Bezug genommenen Schriftstücken soll unzulässig sein. Dieser Lehre huldigt auch das Reichsmilitärgericht — I 2, 227, 241, 243, 247, II 65, 277 —. Sollte darin aber nicht eine starke Überspannung des Schriftlichkeitsprinzips, eine zwecklose Formenstrenge liegen? Wenn für Rechtsmitteleinlegungen usw. ein bestimmter Inhalt vorgeschrieben wird, wird dann der Zweck durch zwei zusammenzuhaltende Schriftstücke weniger erreicht, als durch ein einziges? Ganz besonders hart erscheint solche rigorose Gesetzesauslegung im Vergleich zu der vollen Freiheit des Gerichtsherrn bei seinen Rechtsmittelerklärungen. Nach I 220 genügt ein einfaches „Ja" des Gerichtsherrn im Zusammenhalt mit einer die nötigen Angaben enthaltenden Anfrage des als Empfangsstelle für die Rechtsmittelerklärung nach § 368 in Betracht kommenden Gerichtsoffiziers oder Militärjustizbeamten, eine Entscheidung, die als richtig anzuerkennen ist. Aber was dem Gerichtsherrn recht ist, soll doch auch andern Prozeßsubjekten billig sein. Es soll nicht verkannt werden, daß für die Rechtsmittel des Gerichtsherrn keine Form vorgeschrieben, und dadurch sein Handeln naturgemäß erleichtert ist. Aber für mündliche und für schriftliche Erklärungen wirft sich gemeinsam die Frage auf, ob sie in sich abgeschlossen sein müssen, oder mit Vorgängen oder Gegenständen, die außerhalb ihrer liegen, zusammengefaßt auftreten können. Läßt man letzteres für mündliche Erklärungen zu, so wird man es auch für schriftliche gelten lassen (mit der Maßgabe, daß hier natürlich eben wiederum nur Schriftstücke hinzugenommen werden können).

24. Feststellung eines Alibi.

In III 6 heißt es:

„Aus den Akten ist nicht ersichtlich, daß der Angeklagte in irgend einem Stadium der Untersuchung behauptet hat, er habe sich zur Zeit der Tat an einem andern Orte befunden und

könne aus diesem Grunde der Täter nicht sein. Sonach war für das Oberkriegsgericht eine Prüfung dieser Frage nicht geboten."

Es wird hier also dem Angeklagten eine Behauptungslast aufgebürdet mit der Wirkung, daß das Gericht Nichtbehauptetes von Amtswegen nicht zu prüfen habe. Diese Aufstellung widerstreitet dem Wesen der strafrichterlichen Aufgabe. Das „Alibi" ist seiner Natur nach nur eine Negative der Identität des Beschuldigten mit dem Täter. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Gericht von Amtswegen wie alle erheblichen Punkte, so auch diese Identität feststellen muß, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Kläger behauptet, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Beschuldigte bestreitet. Ohne Prüfung dieser Frage könnte das Gericht nimmermehr zu einer Verurteilung gelangen. Indem es verurteilt, sagt es, daß ein Alibi nicht vorliege.

Freilich wird in den Fällen, in denen der Angeklagte sich nicht auf ein Alibi beruft, gewöhnlich die Prüfung der Identitätsfrage mit ihrer Bejahung zusammenfallen. Denn wo keine Zweifel, da kein komplizierter psychischer Vorgang. Aber das darf nicht zu der Auffassung verleiten, als ob die ganze Frage ungeprüft bleiben könne. Es steht mit der Identität und ihrer Kehrseite, dem Alibi, gar nicht anders als mit den sonstigen materiellrechtlich relevanten Punkten, der Rechtswidrigkeit oder Nichtrechtswidrigkeit, der Schuld oder Nichtschuld usw. Mögen auch keinerlei Zweifel daran rege geworden sein, — geprüft müssen diese Punkte werden, und nur die Bejahung gibt der Verurteilung Raum.

Eine ganz andre Frage ist natürlich die, inwieweit die psychischen Vorgänge von dem Gericht in der Urteilsurkunde dargelegt werden müssen. Hierüber sagt das Reichsmilitärgericht lakonisch: „eine Erörterung der Frage in den Urteilsgründen war nicht geboten (§ 326 a. O.)." Da das Reichsmilitärgericht auf das Nichtbehauptetsein des Alibi den Nachdruck legt, so scheint es, als beziehe sich das Reichsmilitärgericht auf § 326 Abs. 2 M.St.G.O. („Waren in der Verhandlung solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände behauptet worden, welche die Strafbarkeit ausschließen, ..., so müssen die Urteilsgründe sich darüber aussprechen, ob usw."). Dies würde aber nicht zutreffen, denn die Strafausschließungsgründe, die Abs. 2 im Auge hat, sind nur die rechtlichen Durchbrechungen des Strafgesetzes, nicht das faktische Nichtvorliegen der relevanten Tatsachen, wozu die Nichtidentität gehört. Maßgebend kann vielmehr nur Abs. 1 des § 326 sein. Dieser verordnet: „Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden . . .". Freilich kann nun die Täterschaft des Beschuldigten nicht unter die „gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung" gerechnet werden, denn die Handlungsmerkmale sind die Merkmale dessen, was der Täter getan hat, nicht seine

Persönlichkeit. Aber eine Angabe, daß z. B. eine Beleidigung vorliege, schwebt in der Luft, wenn nicht gesagt wird, wer sie begangen hat, und es kann deshalb kein Zweifel sein, daß die Urteilsgründe auch ausdrücklich aussprechen müssen, daß der Beschuldigte der Täter sei. Nun verlangt Abs. 1 für diese Tatsachen „die nähere Darlegung, weshalb sie für erwiesen erachtet worden sind". Dieses Verlangen des Gesetzes muß aber restriktiv ausgelegt werden. Ist eine Tatsache schlechterdings nicht zweifelhaft gewesen, so kann das Gericht beim besten Willen nicht „näher" darlegen, weshalb sie für erwiesen erachtet worden ist. Das muß auch für die Identitätsfrage gelten. Das Ergebnis, zu dem das Reichsmilitärgericht gelangt, ist somit als zutreffend anzuerkennen.

25. Begrifflicher Unterschied zwischen Zeugen und Sachverständigen.

Ein Sergeant und ein Gefreiter werden darüber vernommen, ob der Angeklagte hätte schneller laufen können, als er getan hat. Das Berufungsgericht vernimmt sie als Zeugen, die Revision rügt, daß sie nicht als Sachverständige vereidet worden seien. Das Reichsmilitärgericht verwirft die Revision (III 174). Ein Zeuge, der bei Abgabe seiner Zeugenaussage gelegentlich auch ein Urteil ausspreche, sei jedenfalls dann nicht als Sachverständiger anzusehen, wenn das Urteil auf keiner besondern Sachkunde beruhe. Das sei hier der Fall, das von den beiden Zeugen abgegebene Urteil stütze sich auf die Beobachtung und Bewertung gewisser tatsächlicher Erscheinungen, deren Wahrnehmung und Beurteilung besondere Fachkenntnisse nicht voraussetzt, vielmehr für jedermann auf Grund der Erfahrungen des täglichen Lebens möglich sei.

Der Fall ist zweifellos theoretisch sehr instruktiv und wird für die Entscheidung der Streitfrage, wo die Grenze zwischen Zeugnis und Gutachten läuft, gute Dienste leisten. Ich habe meine Auffassung an anderm Orte entwickelt[7]), und möchte hier nur eins hervorheben. Das Reichsmilitärgericht läßt den Umstand mit ins Gewicht fallen, ob ein Zeuge „gelegentlich" auch ein Urteil ausspreche. Aber darauf kann doch gewiß nichts ankommen! Ist ein Urteil seinem Wesen nach ein Gutachten, so bleibt es das auch dann, wenn es bei Abgabe einer Zeugenaussage „gelegentlich" mit abfällt!

26. Nichtvereidigung teilnahmeverdächtiger Zeugen.

Nach M.St.G.O. § 199[3] (= § 56[3] St.P.O.) sind nicht zu vereidigen Zeugen, die hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder verurteilt sind. Den Begriff der „Teilnahme" faßt das Reichsmilitärgericht in I 114 in dem technischen Sinne des St.G.B. (= Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe); dagegen soll nach I 121 kon-

[7]) Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, S. 362 ff.

kurrierende Fahrlässigkeit bei dem gleichen Vorgange im Sinne des § 199[3] als „Teilnahme" genügen (ohne weiteres, also nicht etwa bloß — vom Standpunkt der Meinung aus, daß es überhaupt fahrlässige Mittäterschaft nach § 47 St.G.B. gibt — auf Grund der Feststellung, daß die fahrlässig Handelnden „Mittäter" gewesen seien). Beide Erkenntnisse sind vom I. Senat gefällt. Sie harmonieren miteinander nicht. Denn entweder sind „Tat" und „Teilnahme" genau im Sinne des materiellen Strafrechts zu fassen (auf diesem Standpunkt steht das erste Erkenntnis), oder es handelt sich um irgend welches faktische Mitverflochtensein in den ganzen Vorfall (dies die Auffassung des zweiten Erkenntnisses). Daß erstere Ansicht den Vorzug verdient, ist von mir in meinem Lehrbuch dargelegt[8]).

27. Ablehnung von Eventualbeweisanträgen.

Während in der Regel nach Ablehnung eines Beweisantrages in der Hauptverhandlung (M.St.G.O. § 298) vor Urteilserlaß die Parteien nochmals zum Worte zu verstatten sind, bedarf es einer solchen Anhörung dann nicht, wenn der Antrag nur „eventuell" gestellt war, d. h. nur für den Fall, daß das Gericht nicht ein Urteil bestimmten Inhalts erlasse; in solchem Falle kann die Ablehnung in einem unmittelbar vor Urteilsverkündung verkündeten Beschluß oder auch in den Urteilsgründen erfolgen. So das Reichsmilitärgericht (I 152) in Übereinstimmung mit der konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dem ist beizutreten; denn begehrt der Antragsteller die Prüfung seines Beweisantrages nur in eventum, so verzichtet er auf Voraberledigung.

Anders steht es mit der Frage, ob die Stellungnahme des Gerichts zu dem Inhalte eines Beweisantrages verschieden ist, je nachdem ob der Antrag prinzipaliter oder nur eventuell gestellt war. Das Reichsmilitärgericht bejaht (II 109): die nicht gehörig begründete Ablehnung eines Beweisantrages sei kein Revisionsgrund, wenn letzterer nur eventuell gestellt war. Diese Auffassung geht sicher fehl. Ist es die Aufgabe des Strafrichters, die materielle Wahrheit zu erforschen und deshalb namentlich niemals über das Ergebnis eines beantragten Beweises im Vorhinein abzuurteilen (so das Reichsmilitärgericht II 109 durchaus zutreffend), so ist die Stellungnahme auch zu bloß eventuell gestellten Beweisanträgen deutlich vorgezeichnet. Unmotivierte oder nicht genügend motivierte Ablehnung tut dem Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung genau in der gleichen Weise Abbruch, wenn der Antrag nur eventuell, wie wenn er unbedingt gestellt war.

28. Bei non liquet Freisprechung.

Es ist seltsam, daß vereinzelt noch immer wieder gelegentlich einmal die Meinung auftaucht, daß Verurteilung erfolgen müsse, wenn

[8]) Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, S. 355—356.

die behauptete Zurechnungsunfähigkeit des Täters, die Notwehr usw. nicht bewiesen werde. Als ob ein Gericht einen Beschuldigten zu Strafe verurteilen könne, von dem nicht feststeht, ob er wirklich zurechnungsfähig war, ob er rechtswidrig gehandelt hat usw.! Auf diese abwegige Meinung ist sogar eine gerichtsherrliche Revision gestützt worden — natürlich ohne Erfolg zu haben (II 232).

29. Gegenbeweis gegen das Sitzungsprotokoll.

Der Angeklagte gründet seine Revision darauf, daß eine Auskunft des x. Regiments, betreffend das Nächtigen des Gymnasiasten P. in der Kaserne des x. Bataillons, in der Hauptverhandlung verlesen worden sei, und daß diese Verlesung unzulässig gewesen sei. Das Sitzungsprotokoll nennt drei andre Urkunden als in der Hauptverhandlung verlesen, führt dagegen die hier in Rede stehende nicht mit an. Aber der Gerichtsherr gibt in seiner Revisions-Gegenerklärung ausdrücklich zu, daß auch diese mit verlesen worden ist. Hat das Revisionsgericht die Urkunde als verlesen anzusehen oder nicht?

Das Reichsmilitärgericht formuliert — III 292 — die hier auftauchende Frage dahin, „ob infolge des Einverständisses der Prozeßbeteiligten über die Verlesung jener Auskunft gegenüber dem Schweigen des Sitzungsprotokolls die Richtigkeit dieser Tatsache für die Revisionsinstanz bindend festgestellt wird", und verneint dieselbe. So wie die Frage formuliert ist, konnte sie allerdings nur verneint werden. Denn daß ein Strafgericht durch übereinstimmenden Vortrag der Parteien hinsichtlich einer Tatsache niemals gebunden ist, ihre Richtigkeit anzunehmen, ist ausgemachte Sache, da im Strafprozeß nicht die Verhandlungs-, sondern die Instruktionsmaxime gilt. Aber darum handelt es sich auch gar nicht. Sondern es gilt festzustellen, ob auf Grund der übereinstimmenden Erklärungen des Angeklagten und des Gerichtsherrn das Revisionsgericht das Sitzungsprotokoll als (in diesem Punkte) entkräftet hätte ansehen können und sollen. Ohne die Frage in dieser Weise zu fassen, führt das Reichsmilitärgericht aus:

> „Ob der nach § 335 M.St.G.O. gegen den die Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Sitzungsprotokolls zulässige Gegenbeweis erbracht ist, steht zur Entscheidung der höheren Instanz, welche darüber nach dem beigebrachten oder herangezogenen Beweismaterial selbständig zu befinden hat. Die in dieser Beziehung vorliegenden Erklärungen und Behauptungen der Prozeßbeteiligten stellen sich lediglich als Material für die Bildung der Überzeuguug des höheren Gerichts in demselben Maße dar, wie solches mit den etwa eingeforderten Erklärungen der für die Richtigkeit des Protokolls verantwortlichen Personen der Fall ist. Letztere liegen nicht vor, und die Revisionsinstanz hat zu einer Heranziehung derselben von Amtswegen

umsoweniger eine Veranlassung, als die Anfechtung der Richtigkeit des Sitzungsprotokolls sowohl nach der positiven, wie nach der negativen Seite hin grundsätzlich Sache desjenigen Prozeßbeteiligten ist, der durch den Inhalt des Protokolls sich beschwert fühlt, im vorliegenden Fall aber irgend ein Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptung von dem Angeklagten nicht angetreten ist."

Das bedeutet also: der Nachweis der Unrichtigkeit des Sitzungsprotokolls erfordert einen formalen Beweisantritt der Partei. Diese These widerstrebt aber völlig dem Wesen des Strafprozesses. Handelt es sich hier auch nicht um „Beweis" im eigentlichen Sinne, um Feststellung der materiellrechtlich bedeutsamen Tatsachen, sondern nur um prozessual erhebliche Tatsachen, so steht doch fest, daß auch diese von dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung ergriffen werden. Eine formale Beweislastverteilung bedeutet allemal eine Beeinträchtigung der Forschungsfreiheit, und solche darf für den Strafprozeß nur da angenommen werden, wo sie sich als Wille des Gesetzes deutlich ergibt. In den Worten „Nachweis der Unrichtigkeit" in § 335 M.St.G.O. liegt nun das Erfordern eines Beweisantritts durch die Partei mit nichten. Wie alle Beweistätigkeit, so ist auch der „Nachweis der Unrichtigkeit" Sache des Gerichts. Nur die materielle Beweislast wird durch § 335 Abs. 2 in exceptioneller Weise geregelt: im Zweifel, ob das Protokoll richtig oder unrichtig sei, soll seine Richtigkeit angenommen werden.

Aber gesetzt selbst, es bedürfte an sich eines Beweisantritts durch die Partei — müßte diese Notwendigkeit nicht, genau wie im Zivilprozeß, entfallen, wo die Gegenpartei die Richtigkeit der fraglichen Tatsache einräumt? Soll wirklich das Strafgericht auf die formale Erklärung des Angeklagten: „Ich berufe mich auf die amtliche Erklärung des Gerichtsherrn (und eventll. der Urkundspersonen)" warten müssen, wo doch infolge der Erklärung des Gerichtsherrn die Situation völlig klar liegt? Wo bietet das Gesetz für solchen Formalismus, der nicht einmal im Zivilprozeß Platz greifen dürfte, eine Handhabe? Niemand wird zweifeln — und auch das Reichsmilitärgericht wird nicht daran gezweifelt haben —, daß der Gerichtsherr seine Gegenerklärung auf Grund amtlichen Vortrags des Vertreters der Anklage abgegeben hatte, und daß, wenn letzterer die Verlesung als geschehen bezeugte, sie auch in der Tat stattgefunden hat. War damit nicht der Nachweis der Unrichtigkeit des Sitzungsprotokolls geführt? War es nicht unnatürlich, wenn trotz völliger Klarheit der Sachlage das Gegenteil des Richtigen angenommen wurde? Und gesetzt selbst, das Reichsmilitärgericht hätte, was kaum denkbar, Zweifel gehabt, heischte dann nicht die Gerechtigkeit ebensosehr wie der Geist des Strafprozeßrechts die Einholung einer Auskunft der Protokollurkundspersonen?

Digitized by Google

30. Anfechtbarkeit von Beschlüssen, die illegalerweise an Urteilsstatt erlassen sind.

Nach der herrschenden Meinung, die auch gute Gründe für sich hat, bestimmt sich die Anfechtbarkeit einer Entscheidung im Strafprozeß wie im Zivilprozeß nach der Form, in der die Entscheidung erlassen worden ist, nicht nach der Form, in der sie hätte erlassen werden sollen. Gegenüber einem fälschlich statt eines Urteils erlassenen Beschlusse kommt nur die Beschwerde in Frage, gegenüber einem fälschlich statt Beschlusses ergangenen Urteil nur Berufung und Revision. Dieser Auffassung schließt sich auch das Reichsmilitärgericht III 269 an.

Nun entsteht aber im Militärstrafprozeß, ähnlich wie im Zivilprozeß, aber im Gegensatz zum zivilistischen Strafprozeß, dadurch eine Schwierigkeit, daß hier die Rechtsbeschwerde nur gegen die im Gesetz als mittels ihrer anfechtbar bezeichneten Entscheidungen enumerativ statthaft ist. Unter diesen aufgezählten Entscheidungen finden sich erklärlicherweise jene Beschlüsse nicht, die illegalerweise an Urteilsstatt erlassen sind, denn solche widerstreiten eben dem Gesetz. Die Konsequenz der Unanfechtbarkeit scheint unausweichlich: Berufung oder Revision hätten Platz gegriffen, wenn das Gericht die vorgeschriebene Urteilsform gewählt hätte, sind aber ausgeschlossen, da eben kein Urteil vorliegt; Rechtsbeschwerde wird nicht vom Gesetz expressis verbis gegeben, scheint also nach § 373 M.St.G.O. unzulässig. In der Tat zieht das Reichsmilitärgericht a. O. diese Konsequenz. Das Ergebnis wäre ein überaus bedauerliches. Nicht allein, daß eine nach dem Willen des Gesetzes anfechtbare Entscheidung unanfechtbar wäre — nein, die Unanfechtbarkeit hätte ihren *Rechtsgrund* in dem *Verstoß gegen das Gesetz*. Man erwäge: das Gesetz erklärt vom Standpunkt dieser Auffassung aus die Entscheidung *deshalb* für unangreifbar, *weil* sie sich über das Gesetz hinweggesetzt hat! Die legale Entscheidung hätte der Anfechtung unterlegen, die illegale unterliegt ihr *um ihrer Illegalität willen* nicht! Dieser Widersinn zeigt, daß irgend wo ein Fehler stecken muß. Er steckt darin, daß § 373 M.St.G.O. mit seiner eingeschränkten Tendenz auf Beschlüsse mitbezogen wird, die das Gesetz gar nicht als statthaft anerkennt. Die Nichterwähnung dieser illegalen Beschlüsse ist nicht in dem Sinne einer Versagung der Rechtsbeschwerde zu verstehen, sondern im umgekehrten Sinne. Denn gewährt das Gesetz *sogar* gegen eine ganze Anzahl *legaler* Beschlüsse eine Anfechtung, so müssen — argumento a fortiori — *erst recht* alle illegalen Beschlüsse, die ja juristisch unmögliche Gebilde sind und folgeweise nicht *mehr* Kraft entwickeln können, als legale, angefochten werden können. Die Rechtsbeschwerde ist also zulässig.

Unerörtert kann hier die Frage bleiben, ob nicht vielleicht jene Beschlüsse sogar als ohne Anfechtung *nichtig* anzusehen sind. Denn auch wenn sie nichtig sind, bleibt die Frage nach der Zulässigkeit von Rechtsmitteln bestehen. Die Anfechtung ist bei nichtigen Entschei-

Digitized by Google

dungen zwar nicht erforderlich, da die Nichtigkeit ipso jure gegeben ist; sie ist aber auch nicht zu versagen, weil die deklaratorische Klarstellung der Nichtigkeit durch sie erzielt wird.

31. Beschränkung eines Rechtsmittels auf die Straffrage.

Wird ein Rechtsmittel nur hinsichtlich der Straffrageentscheidung eingelegt, so erwächst die Schuldfrageentscheidung in Rechtskraft. Mit diesem Satze der herrschenden Lehre ist auch das Reichsmilitärgericht einverstanden. Aber in Wahrheit doch nur halb. Denn nach I 259, 282, II 62, 185, 238, 242, 264, III 186[9]) soll trotz Beschränkung des Rechtsmittels auf die Straffrageentscheidung die höhere Instanz die Befugnis haben, zu prüfen, ob die Schuldfrage auf Grund der in der Vorinstanz festgestellten Tatsachen zu bejahen ist. Damit ist der scharfe Gegensatz zwischen Schuldfrage und Straffrage verwischt und das Prinzip aufgegeben. Ist die bejahende Schuldfrageentscheidung unangefochten geblieben, und somit in Rechtskraft erwachsen, so steht damit unverrückbar fest, daß das Strafgesetz anzuwenden ist, und es bleibt nur noch zu prüfen, wie es anzuwenden ist. Spricht man der höheren Instanz die Befugnis zu, eine verneinende Schuldfrageentscheidung zu fällen, oder gar hinsichtlich der Schuldfrage die Sache in die Vorinstanz zurückzuweisen — so in der Tat das Reichsmilitärgericht —, so wird dadurch doch der Satz proklamiert, daß die Schuldfrage immer noch in lite sei, folglich nicht rechtskräftig abgetan ist. Bei solcher Auffassung wird im Grunde genommen nur den tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich der Schuldfrage Rechtskraft zugesprochen — und solche Rechtskraftteilung ist um deswillen unannehmbar, weil eine nur die Straffrage betreffende Rechtsmitteleinlegung doch eben die ganze Schuldfrageentscheidung unberührt läßt. Der vermittelnde Standpunkt des Reichsmilitärgerichts ist somit unhaltbar.

32. Rechtsmittelteilung durch den Gerichtsherrn.

St.P.O. § 343 und M.St.G.O. § 367 Abs. 2 bestimmen übereinstimmend, daß jedes von der Staatsanwaltschaft beziehungsweise dem Gerichtsherrn eingelegte Rechtsmittel die Wirkung hat, daß die angefochtene Entscheidung auch zu gunsten des Angeklagten abgeändert oder aufgehoben werden kann. Die gemeine Meinung deutet — mit Recht — diese Bestimmung dahin, daß sie nicht dem Strafkläger die Möglichkeit nehmen will, das Rechtsmittel zu teilen, daß vielmehr der Strafkläger so gut wie der Beschuldigte die Entscheidung nur hinsichtlich der Straffrage anfechten kann, und die Doppelseitigkeit der Anfechtung durch den Strafkläger sich dann nur auf die Straffrage bezieht. Das Reichsmilitärgericht (I 162 und sonst) tritt dieser Auffassung bei.

---

[9]) Im ganzen übereinstimmend das Reichsgericht.

33. Rechtsmittelerklärungen zum Sitzungsprotokoll.

In zahlreichen Entscheidungen des Gerichtshofs (I 2, 13, 39 usw.) ist ausgesprochen, daß eine Rechtsmitteleinlegung des Angeklagten zum Sitzungsprotokoll des erkennenden Gerichts unwirksam ist. Dem ist beizupflichten, denn § 369 M.St.G.O. kennt nur zwei Wege der Rechtsmitteleinlegung seitens des Beschuldigten: schriftliche Einreichung oder Erklärung zu einem Protokoll bestimmt bezeichneter Art, wobei das Sitzungsprotokoll nicht erwähnt ist. (Nur wird die Einschränkung zu machen sein, daß ein etwa vom Angeklagten unterschriebener Vermerk im Sitzungsprotokoll, der rechtzeitig an den Gerichtsherrn gelangt, eine gültige Einlegung darstellt, da ein unterschriebenes Protokoll gleichzeitig eine „schriftliche Erklärung" darstellt.)

Um so auffallender ist es, daß das Reichsmilitärgericht einen zum Sitzungsprotokoll erklärten Rechtsmittelverzicht des Angeklagten als gültig behandelt (I 17, 205 und sonst). Es muß von vornherein überaus unbillig erscheinen, daß ein Angeklagter an einer zum Sitzungsprotokoll erklärten Rechtsmittelverzichtserklärung festgehalten, daß dagegen eine in gleicher Weise erklärte Rechtsmitteleinlegungserklärung als in den Wind gesprochen behandelt wird! Es wäre unerfindlich, weshalb das Gesetz eine und dieselbe Form da genügen ließe, wo sie für den Angeklagten verhängnisvoll ist, da aber nicht, wo sie ihm zum Vorteil gereichen würde. Das Reichsmilitärgericht beruft sich darauf, daß § 369 M.St.G.O. nur von Einlegung und Zurücknahme eines Rechtsmittels rede, und folgert daraus, daß ein Verzicht auf Rechtsmittel formlos erklärt werden könne. Dabei ist der Buchstabe über Gebühr urgiert. Innerlich gehört der Verzicht mit der Zurücknahme zusammen, und was für diese bestimmt ist, muß analog für jenen gelten.

34. Berufungsgerichtliche Verneinung des Eingreifens der Militärgerichtsbarkeit.

Wenn sich in der I. Instanz vor dem erkennenden Gericht herausstellt, daß die Strafsache nicht zur Militärgerichtsbarkeit gehört, so ist dies nach § 328 M.St.G.O. durch Beschluß auszusprechen; eine Überweisung an die bürgerliche Strafgerichtsbarkeit findet nicht statt. Ist dies in der Berufungsinstanz anders? Das Reichsmilitärgericht — III 269 — bejaht: in der Berufungsinstanz komme § 395 Abs. 3 zur Anwendung:

> „Hat das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, so hat das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils die Sache der zuständigen Stelle zu überweisen . . ."

Was die erste Instanz in Beschlußform zu kleiden habe, habe die zweite also in Urteilsform auszusprechen, und überdies müsse sich hier mit der Unzuständigkeitserklärung die Überweisung an die ziviliſtische Gerichtsbarkeit verbinden. Das gehe einmal aus den Mo-

tiven des Gesetzes hervor, und werde sodann dadurch bewiesen, daß die §§ 390 und 394 M.St.G.O, die die Anwendbarkeit der erstinstanzlichen Prozedurregeln für die Berufungsinstanz normierten, auf den § 328 nicht mit Bezug nähmen. Beides Argumente ganz formaler äußerlicher Natur, die durch die zum entgegengesetzten Ergebnis führenden inneren Argumente völlig erdrückt werden. Wenn nämlich, wie ja sicher ist, die Berufungsinstanz eine zweite erste Instanz ist, so ist von vornherein die Wahrscheinlichkeit die, daß Entscheidungen gleichen Inhalts in beiden Instanzen denselben Regeln unterstehen. Es dürfte in der Tat schwer sein zu sagen, weshalb die Negation des Eingreifens der Militärgerichtsbarkeit in erster Instanz in Beschlußform, in zweiter in Urteilsform; weshalb sie in erster ohne, in zweiter mit Überweisungserklärung stattfinden soll. Aber noch weit mehr fällt ins Gewicht, daß die „Überweisung", von der § 395 Abs. 3 spricht, hier gar nicht paßt. Soll eine Überweisung Sinn haben, und nicht bloß eine leere Floskel sein, so muß sie mit der Wirkung verbunden sein, daß die überwiesene Sache kraft der Überweisung bei der Behörde ad quam anhängig wird. Dies ist in der Tat der Fall, wenn die Überweisung die Sache innerhalb derselben Gerichtsbarkeit läßt, also wenn es sich um Unzuständigkeit im Verhältnis mehrerer Militärgerichte zu einander handelt. Eine Überweisung von seiten der Militärgerichte an die zivilistische Strafgerichtsbarkeit hätte dagegen diese Wirkung nicht: trotz der Überweisung könnte die Straffache bei den zivilistischen Strafgerichten doch nur ganz wie sonst durch Klage des Strafklägers anhängig werden. Solche Überweisung wäre also ein dekorativer Schnörkel. Sehr richtig hat deshalb § 328 hiervon abgesehen; und dieser Gedanke sollte nicht konsequent auch für die höheren Instanzen festgehalten werden?

35. Feststellung prozessualerheblicher Tatsachen in der Revisionsinstanz.

Daß das Revisionsgericht die materiellrechtlich relevanten Tatsachen nicht selber feststellen kann, sondern in dieser Hinsicht an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist, ist ausgemachte Sache. Es findet sich aber auch die Meinung, als gelte dieser Satz auch für die prozessual erheblichen Tatsachen. Von dieser Auffassung geht auch das Reichsmilitärgericht aus, vgl. z. B. I 205: die Feststellung des Berufungsgerichts, daß ein von dem Angeklagten erklärter Verzicht auf Berufungseinlegung der Willensmeinung des Angeklagten entsprochen habe, sei als rein tatsächlich der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. Demgegenüber sei auf die freilich nicht ganz konsequente Praxis des Reichsgerichts hingewiesen[10]). Vor allem aber möge betont sein, daß jene Vorstellung, als sei auch das bloß prozessualerhebliche

[10]) Vgl. auch Bennecke-Beling, Lehrbuch, S. 590.

Tatsachenmaterial durch die Revisionsinstanz nicht festzustellen, sondern aus den Feststellungen der Vorinstanz zu entnehmen, an ihrer Undurchführbarkeit scheitert. Das wird schlagend belegt durch die II 41 abgedruckte Entscheidung des Reichsmilitärgerichts. Dort hat das Oberkriegsgericht eine Zeugenaussage zur Verlesung gebracht mit der Feststellung, daß der Zeuge inzwischen verstorben sei (M.St.G.O. § 305 Abs. 1). Die Revision macht geltend, daß der Zeuge gar nicht verstorben sei, die Verlesung seiner Aussage im Oberkriegsgericht daher unstatthaft gewesen sei. Das Reichsmilitärgericht hat ohne die geringsten Bedenken die Tatsache, daß der Zeuge wirklich noch am Leben sei, erforscht und der Revision stattgegeben. Mit Recht! Denn der Prozeßverstoß bestand eben darin, daß ein Prozeßrechtssatz ohne die gehörige Unterlage angewendet wurde, und hinsichtlich der prozessual erheblichen Tatsachen besteht eben richtiger Ansicht nach volle Feststellungsfreiheit des Revisionsgerichts. Aber mit der Entscheidung I 205 steht die Entscheidung II 41 offenbar in unlöslichem Widerspruch.

36. Berücksichtigung verspäteter Revisionsgegenerklärungen.

Hat das Revisionsgericht Gegenerklärungen gegenüber der Revision, die erst nach Ablauf der ihnen durch § 407 Abs. 2 S. 2 M.St.G.O. gesetzten einwöchigen Frist abgegeben werden, zu berücksichtigen? Das Reichsmilitärgericht (II. Senat) verneint in I 235, bejaht in I 91 (ebenfalls II. Senat); an letzterer Stelle wird der einwöchigen Frist nur insoweit präklusivische Wirkung zugeschrieben, als nicht vor ihrem Ablauf die Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht stattfinden darf. Der letzteren Auffassung ist auch sicher der Vorzug zu geben. Die Gegenerklärung hat ja keine grundlegende Bedeutung, sie steckt den Raum nicht ab, auf dem die Revisionsverhandlung stattzufinden hat, sondern bringt nur noch Anregungen bei. Es ist nicht abzusehen, weshalb das Revisionsgericht letzteren das Ohr verschließen soll; muß es doch ohnehin im Rahmen des Rechtsmittels alle einschlägigen Gesichtspunkte prüfen!

37. Aufhebung eines Vorderurteils in der Rechtsmittelinstanz.

Einem Oberkriegsgericht hatte die Entscheidung eines nicht vorschriftsmäßig gebildeten Kriegsgerichts vorgelegen. Das Oberkriegsgericht hatte von der Möglichkeit, gemäß M.St.G.O. § 395 Abs. 2 die Sache in die I. Instanz zurückzuverweisen, keinen Gebrauch gemacht, sondern selber in der Sache erkannt. Das Reichsmilitärgericht spricht aus (I 197), daß richtiger Zurückverweisung erfolgt wäre, und fährt dann fort:

> „Nachdem das Oberkriegsgericht indes von der ihm zustehenden Befugnis, in der Sache selbst zu erkennen, Gebrauch gemacht hat, mußte es auch von der Aufhebung des Urteils auf

Grund der angezogenen Gesetzesbestimmung Abstand nehmen, da richtiger Ansicht nach diese Aufhebung nur für den Fall der Zurückverweisung in die I. Instanz vorgeschrieben ist."

Dementsprechend lautet der betreffende Passus in dem dem Urtheil vorgedruckten Resumé:

„Nur für den Fall der Zurückverweisung ist das Urteil I. Instanz aufzuheben."

In dieser allgemeinen Fassung kann der formulierte Satz aber sicher nicht Stich halten. Denn auch wenn das Rechtsmittelgericht die Sache nicht in die Vorinstanz zurückverweist, muß es das Vorderurteil allemal dann aufheben, wenn es in der Sache selber zu einer Entscheidung gelangt, die von der der Vorderinstanz abweicht, § 395 Abs. 1. Es kann deshalb wohl nur gemeint sein, daß, wenn das Urteil der höheren Instanz inhaltlich ebenso ausfällt, wie das der unteren, nicht eine Aufhebung des Vorderurteils auszusprechen, sondern die Berufung zu verwerfen ist; aber das versteht sich schließlich von selbst.

38. Geteilte Aufhebung des Vorderurteils in der Revisionsinstanz mit Bezug auf verschiedene juristische Qualifikationen der Tat.

In Übereinstimmung mit der jetzigen Judikatur des Reichsgerichts verficht das Reichsmilitärgericht (I 112, II 179) den Satz, daß das Revisionsgericht ein Vorderurteil in Ansehung der Schuldfrage nur ungeteilt aufheben könne, daß es also nicht möglich sei, die Revision hinsichtlich des einen juristischen Gesichtspunktes zu verwerfen und die Sache nur hinsichtlich eines andern juristischen Gesichtspunktes in die Vorinstanz zurückzuverweisen. Der Satz ist als Axiom hingestellt, durch Gründe nicht belegt. Gegen seine Richtigkeit sprechen folgende Erwägungen:

Den Ausgangspunkt muß die Erkenntnis bilden, daß der Rechtsmittelrichter der Straffache ganz anders gegenübersteht, als der Richter I. Instanz. Lag vor diesem die Straffache in ihrer Totalität ausgebreitet, so ist jener zu einer bloßen Nachprüfung berufen. Daraus ergibt sich der prinzipielle Satz, daß die Einlegung und das weitere Geschick eines Rechtsmittels eine Teilung der Straffache herbeiführen kann. Ist dies aber anerkannt — und das Reichsmilitärgericht steht auf diesem Standpunkte, — so liegt der Nachweis, daß in bestimmten Beziehungen eine Straffache für die Rechtsmittel unteilbar sei, dem ob, der die Unteilbarkeit behauptet. Logisch ist nun eine Zerteilung nach rechtlichen Qualifikationen durchaus möglich. Es entstehen keine begrifflichen Schwierigkeiten, wenn die Revisionsinstanz z. B. ausspricht, daß sich die Tat zweifellos als Urkundenfälschung charakterisiere, und die Akten in dieser Hinsicht geschlossen sein sollen, daß dagegen die Betrugsfrage noch der weiteren Verhandlung bedarf. Und vom praktischen Standpunkt aus ist nicht recht abzusehen, weshalb in solchem Fall die Urkundenfälschungsfrage noch einmal auf-

gerollt werden soll; sie war ja bereits abgetan, keine Gesetzesverletzung bezüglich ihrer war ausfindig gemacht worden, und dennoch soll in ganz unnötiger Weise von neuem darüber verhandelt werden?

39. Wiederaufnahme hinsichtlich eines Teils einer Handlungseinheit.

Kann eine Wiederaufnahme des Verfahrens in dem Sinne begehrt werden, daß die Verurteilung wegen eines eine Handlungseinheit bildenden Komplexes von Einzelakten nur hinsichtlich eines Teils dieser Einzelhandlungen in Wegfall kommen soll (z. B. bei Verurteilung wegen eines durch fünf Diebstahlsfälle gebildeten fortgesetzten Diebstahls Wiederaufnahme nur wegen *eines* Diebstahlsfalles)? Das Reichsmilitärgericht — III 198 — verneint die Frage im Hinblick auf M.St.G.O. § 439 (= St.P.O. § 403). Die Entscheidung ist richtig. Die quantitative Größe der Tat bildet keinen Teil der Schuldfrage, sondern gehört zur Straffrage. Dies bedarf keines Beweises, wenn es sich z. B. um den Wert der gestohlenen Sache handelt. Die Bejahung der Schuldfrage bleibt die gleiche, wenn bewiesen wird, daß die gestohlene Sache nur 10 Mk., wie wenn bewiesen wird, daß sie 20 Mk. wert ist. Aber auch bei Wechsel des Objekts bleibt die Schuldfragebejahung in ihren wesentlichen Stücken bestehen; es kann gegenüber der Verurteilung wegen Wegnahme eines Zwanzigmarkstückes nicht Wiederaufnahme begehrt werden, weil das Objekt bloß ein Zehnmarkstück gewesen sei. In diesem Sinne ist dann aber auch die größere oder geringere Ausdehnung der Handlung unerheblich; die Schuldfragefeststellung ist dieselbe, wenn sie vier, wie wenn sie fünf Einzelakte als Elemente des einen fortgesetzten Diebstahls feststellt. In allen diesen Fällen ist und bleibt bestehen, *daß* der Beschuldigte aus diesem oder jenem Strafgesetz zu verurteilen ist. Ins Ungewisse fällt nur die Frage, *wie* das Strafgesetz anzuwenden ist, und diese kann im Wiederaufnahmeverfahren nicht aufgerollt werden.

15.

Kriminal-Statistik.

Von Dr. Hermann Berg.

1. Österreichische Statistik, LXI. Band, 3. Heft, Die Ergebnisse der Strafrechtspflege in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern im Jahre 1898, Wien 1902.

Aus dem Inhalt dieser von dem Bureau der K. K. Statistischen Zentral-Kommission unter Mitwirkung des K. K. Justiz-Ministeriums bearbeiteten Statistik dürfte vor allem folgendes interessieren:

Sowohl die absoluten wie die relativen Ziffern der Gesamtkriminalität sind gegen die Vorjahre nicht unerheblich gestiegen. Die Summe der im Berichtsjahre anhängig gewesenen und zu erledigenden strafgerichtlichen Anzeigen beziffert sich auf 194 199 (gegen 175 654 im Vorjahr und 166 293 im Jahre 1896), mithin auf 18 545 mehr als im Jahre 1897 und auf 27 906 mehr als im Jahre 1896. Den höchsten Anteil an durch Hauptverhandlung erledigten Straffällen weisen Krain, Tirol und Vorarlberg auf, während in dieser Hinsicht Böhmen, Ost-Galizien, Salzburg und vor allem Dalmatien am meisten zurückstehen. Insbesondere hindern in dem letztgenannten Lande die eigenartigen Erwerbs- und Lebensverhältnisse der Bevölkerung, sowie die notorischen Mängel des Zustellungswesens die wünschenswerte Beschleunigung des strafgerichtlichen Verfahrens.

In Untersuchungshaft genommen wurden im ganzen 47099 Personen (gegen 41 371 im Vorjahre); unter ihnen wurde nur gegen 23 956 (oder 50,9 pCt. der Gesamtzahl aller Verhafteten) eine Anklageschrift wegen Verbrechen oder Vergehen eingebracht. Die Zahl der eingeleiteten Voruntersuchungen wuchs gegen das Jahr 1897 um 3366 Fälle an.

Die Anzahl der im Berichtsjahre Angeklagten, gegen welche die Hauptverhandlung durchgeführt wurde, betrug 56 237 (gegen 50 257 im Vorjahr und 47 632 im Jahre 1896). Die Zunahme insbesondere der wegen Verbrechen angeklagten Personen (+ 7830 im Vergleich zum Jahre 1896) wird in den amtlichen Erläuterungen vor allem auf die antisemitischen Exzesse (Unruhen in Galizien), Wahlumtriebe und politischen Reibungen zurückgeführt. Damit hängt denn

auch zusammen, daß die Zahl der wegen Verbrechen Verurteilten gegen das Vorjahr beträchtlich gestiegen ist, insofern diese sich im Berichtsjahr auf 34 449, im Jahre 1897 aber nur auf 29 652 (gegen 28 898 im Jahre 1896) beliefen. Die Tatsache, daß an diesem jähen Anwachsen der Bestrafungen wegen Verbrechen die politischen und konfessionellen Wirren des Jahres 1898 die Schuld tragen, wird deutlich dadurch illustriert, daß am stärksten die Verurteilungen wegen Landfriedensbruchs (953 Personen gegen 332 im Jahre 1897) und wegen boshafter Beschädigung fremden Eigentums (1092 Personen gegen 656 im Jahre 1897) zugenommen haben. Daneben ist auch die Ziffer des verbrecherischen Diebstahls, die sich in den Vorjahren auf etwas mehr als 13 000 Fälle, im Berichtsjahre aber auf über 16 000 Fälle beläuft, tüchtig in die Höhe gegangen.

Auf 10 000 Strafmündige entfallen im Berichtsjahre 19,9 (gegen 17,3 im Jahre 1897) wegen Verbrechen Bestrafte.

Die Verurteilungen wegen Übertretungen, zumal auf Grund des Landstreichergesetzes, sind gleichfalls wesentlich häufiger geworden, während die Ziffer der wegen Vergehen Bestraften im Vergleich zu 1897 dank dem erheblichen Rückgang der Verurteilungen wegen Wahlmißbrauchs, welche 1897 anläßlich der Reichsratswahlen besonders florierten, im ganzen etwas niedriger geworden ist.

Interessant sind die Ausführungen der amtlichen Statistik über das bei den Geschworenengerichten übliche Verhältnis der Anzahl der Freisprechungen zu der Zahl der Anklagen. Während in dem zehnjährigen Zeitraum von 1889—1898 von den Angeklagten, die sich vor einem gelehrten Erkenntnisgericht zu verantworten hatten, nur 14,2 pCt. freigesprochen wurden, betrug der Prozentsatz der von den Geschworenen Freigesprochenen im Verhältnis zu den vor ihr Forum gelangenden Angeklagten 27,4 pCt. Bei einer ganzen Reihe von Geschworenengerichten wurde dieser durchschnittliche Prozentsatz bedeutend überschritten: am weitesten haben es in dieser Beziehung die Geschworenen in Ragusa gebracht, welche in dem vorerwähnten Zeitraum 72,7 pCt. der Angeklagten freisprachen. „Dieser verhältnismäßig hohe Prozentsatz von Freisprechungen, welcher, wie schon bemerkt, in manchen Gerichtssprengeln noch erheblich sich steigert, hat nach den Mitteilungen der Staatsanwaltschaften seinen Erklärungsgrund darin, daß die Geschworenen sich häufig aus Mitleid oder aus Scheu vor dem hohen Strafsatz sich bestimmen lassen, einen freisprechenden Wahrspruch abzugeben, oder daß die Geschworenen nicht die erforderliche Urteilskraft besitzen, um einen Strafsall richtig zu erfassen, und es vorziehen, durch einen freisprechenden Wahrspruch ihr Gewissen zu entlasten."

Aus den Tabellen über die wegen Verbrechen, Vergehungen und Übertretungen verhängten Strafen geht hervor, daß von den zur Kerkerstrafe Verurteilten mit kurzzeitigen Kerkerstrafen (d. i. bis zu einem Jahr) 89,2 pCt. bestraft worden sind. Damit hat die Quote der zu kurzzeitigen Kerkerstrafen verurteilten Verbrecher im Vergleich

zu dem Durchschnittsergebnis des Jahrzehnts von 1874—1883 um 6,1 pCt. zugenommen. Auch von den Arreststrafen bilden die weit überwiegende Mehrzahl die kurzzeitigen. Unter den insgesamt zum Arrest verurteilten 435 194 Delinquenten wurden mit Arrest bis zu acht Tagen 353 190, über acht Tage bis zu einem Monat 70 275, über einen Monat bis zu drei Monaten 11 149, über drei Monate 580 Personen bestraft. Gegen die Vorjahre weisen die kurzzeitigen Arreststrafen im Verhältnis zu den Arreststrafen überhaupt ebenfalls einen respektablen Zuwachs auf. Bemerkenswert ist die Tabelle Seite XXVIII—XXXII. Diese gibt über die persönlichen Verhältnisse der in dem Berichtsjahre zum Tode verurteilten 68 Personen, von denen 64 zu lebenslänglicher oder zeitiger Kerkerstrafe begnadigt wurden, und zugleich über die Motive ihrer Tat Auskunft, letzteres freilich in einer oft recht unbestimmten und nichtssagenden Form. Immerhin findet sich in dieser Aufstellung ein Ansatz zu der so außerordentlich interessanten und erwünschten Gruppierung der Kriminalität nach den Beweggründen der Tat.

Hervorheben möchte ich schließlich noch einige Daten aus den in kriminalpolitischer Hinsicht besonders wichtigen Klassen der jugendlichen und der rückfälligen Verbrecher. Das Kontingent der erstern (vom angehenden 11. bis zum 20. Lebensjahr) wächst seit 1881 ständig; im Berichtsjahr entfallen auf 100 Verurteilte 24,9 Jugendliche. Die amtliche Statistik, welche darauf hinweist, daß diese Erscheinung sich auch außerhalb der Grenzen Österreichs zeigt — sehr scharf auch in Deutschland —, findet die Ursache darin, „daß gegenwärtig der Eintritt in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben früher erfolge und daß infolge geänderter Lebensverhältnisse vielfach die häusliche Erziehung der Jugend vernachlässigt wird". Für die Beurteilung der Kriminalität der Jugendlichen wäre es wichtig, wenn die österreichische Statistik die Zahl der verurteilten Jugendlichen in Verhältnis zu der jeweiligen Stärke der jugendlichen Bevölkerung bringen würde. Die jugendlichen Verbrecher sind insbesondere an solchen Verbrechen, die vorwiegend auf Zerstörungstrieb oder Mutwillen beruhen, sowie an den mit dem erwachenden Geschlechtstriebe im Zusammenhang stehenden Unzuchtsverbrechen beteiligt gewesen.

Was die Zahl der rückfälligen Verbrecher anlangt, so ist im Berichtsjahre zwar ihre absolute Ziffer gegen das Vorjahr gestiegen, dagegen die wichtigere relative Ziffer herabgegangen, wie sich denn überhaupt im Laufe der letzten drei Jahrzehnte die Rückfälligkeit allerdings nur derer ein wenig verringert hat, die bereits früher wegen Verbrechens bestraft worden waren. Dagegen haben in derselben Zeit die wegen Vergehen und Übertretungen vorbestraften Verbrecher bedenklich zugenommen, insofern ihre Zahl seit dem Jahrfünft 1864/68 von 19 848 auf 45 527, d. i. um 129,3 pCt., und die Quote, mit welcher sie sich an der jeweiligen Gesamtziffer der wegen Verbrechen Verurteilten beteiligten, von 19,2 pCt. auf 30 pCt. gestiegen ist.

2. Österreichische Statistik, LXI. Band, 4. Heft, Statistische Übersicht der Verhältnisse der österreichischen Strafanstalten und der Gerichts-Gefängnisse im Jahre 1898, Wien 1902.

Dieses Heft enthält die im K. K. Justizministerium bearbeitete 31. Übersicht der Strafanstalten und Gerichtsgefängnisse der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder.

Die Zahl der in den Strafanstalten (insgesamt 15 Männer-Strafanstalten und 6 Weiber-Strafanstalten) angehaltenen Sträflinge betrug im Berichtsjahr 15 168 gegen 14 703 im Jahre 1897, so daß eine Zunahme von 465 Sträflingen (3,2 pCt.) zu konstatieren ist. Der durchschnittliche Tagesstand betrug im Berichtsjahr 8531 Männer und 1116 Weiber gegen 8545 Männer und 1171 Weiber im Jahre 1897, mithin im ganzen 69 Köpfe weniger als im Vorjahr.

Der Strafvollzug in Einzelhaft kam im Berichtsjahre in den 6 Zellengefängnissen zu Stein, Prag, Karthaus, Pilsen, Graz und Marburg bei insgesamt 2358 Sträflingen während der Durchschnittsdauer von 167 Tagen in Anwendung. Es bedeutet dies gegen das Vorjahr eine Zunahme von im ganzen 233 in Einzelhaft angehaltenen Sträflingen. Von allen im Berichtsjahr in den Männer-Strafanstalten Detinierten waren in den Zellengefängnissen 17,5 pCt. (gegen 16,4 pCt. im Vorjahr) untergebracht.

Der Strafvollzug in den beiden Jugendabteilungen zu Prag und Marburg, in welchen die Sträflinge während der Nachtzeit in Kabinen einzeln angehalten werden, kam bei 216 Jugendlichen (gegen 210 im Vorjahr) zur Anwendung, die sich ziemlich gleichmäßig auf die beiden Anstalten verteilten. Begnadigt wurden 23 jugendliche Sträflinge.

Die Anzahl der im Laufe des Berichtsjahres neu eingelieferten Sträflinge betrug 5549 gegen 4868 im Vorjahr, mithin 681 mehr. Eine Tabelle behandelt Geburtsort und letzten Aufenthaltsort der in die einzelnen Strafanstalten eingelieferten Sträflinge. Danach ist gegen das Vorjahr der Prozentsatz der in Städten und im Ausland geborenen männlichen Sträflinge etwas zurückgegangen, während der Prozentsatz der auf dem flachen Lande geborenen um 1,7 pCt. gestiegen ist. Bei den Weibern sind die gegen das Vorjahr in dieser Beziehung eingetretenen Veränderungen nur ganz unwesentliche. Bei Männern und Weibern haben die Prozentsätze der vor der Einlieferung auf dem flachen Lande wohnhaft gewesenen um 4,6 pCt. beziehungsweise 5,7 pCt. zugenommen, während die aus Städten eingelieferten Sträflinge verhältnismäßig zurückgegangen sind.

Was das Alter der eingelieferten Sträflinge anlangt, so weisen die bei weitem höchsten Zahlen diejenigen im Alter von 20 bis 30 Jahren auf (2306 gegen 2030 im Vorjahre). Es folgen die Altersstufen von 30 bis 40 Jahren (1305 gegen 1156), 40 bis 50 Jahren (709 gegen 593), 16 bis 20 Jahren (677 gegen 596), 50 bis 60 Jahren (344 gegen 302), über 60 Jahren (160 gegen 118), 14 bis 16 Jahren (48 gegen 73). Im Alter unter 40 Jahren sind

78,8 pCt. männlicher und 71,8 pCt. weiblicher Sträflinge eingeliefert worden.

Bezüglich der Nationalität ist zu bemerken, daß die Prozentsätze der Einlieferungen deutscher Nationalität gegen das Vorjahr sich um ein Geringes (2,1 pCt. bei den Männern und 0,7 pCt. bei den Weibern) vermehrt haben.

Im Punkte der Konfession haben keine wesentlichen Veränderungen stattgefunden.

In Strafhaft befanden sich wegen Verbrechen gegen den Staat 459 (gegen 417 im Vorjahr), gegen die Sicherheit des Lebens und des Körpers 1079 (gegen 949), gegen das Eigentum 3511 (gegen 3110), gegen die Sittlichkeit 421 (gegen 320) und andrer Art 103 (gegen 80). Bei prozentualer Betrachtung haben gegen das Jahr 1897 die Verbrechen gegen Leben und Körper bei den Männern um 4,1 pCt. zugenommen, bei den Weibern um 3,1 pCt. abgenommen, die Verbrechen gegen die Sittlichkeit bei Männern und Weibern etwas zugenommen, die Verbrechen gegen das Eigentum bei den Weibern um 4,3 pCt. zu-, bei den Männern um 2,7 pCt. abgenommen, während der Prozentsatz der wegen Verbrechen gegen den Staat Verurteilten bei den Männern um 2,2 pCt., bei den Weibern um 0,2 pCt. gesunken ist.

Die Verhältniszahl der vor ihrer Einlieferung wegen Verbrechen oder Vergehen bestraften männlichen Sträflinge ist gegen das Vorjahr um 5,1 pCt. gesunken, während die weiblichen Sträflinge dieser Kategorie einen unbedeutenden Zuwachs erfahren haben. Die wegen Übertretung vorbestraften Sträflinge haben bei beiden Geschlechtern relativ zugenommen.

Die Tabelle über die besonderen Verhältnisse der rückfälligen Sträflinge ergibt, daß in Übereinstimmung mit den früheren Jahren die Zahl derjenigen, bei denen vom Tage der Entlassung aus der Haft wegen der letzten Verbrechensstrafe nicht mehr als 2 Jahre verflossen waren, mehr als die Hälfte aller eingelieferten rückfälligen Sträflinge betrug. Unter den Rückfälligen stellen das größte Kontingent die Diebe, welche im Berichtsjahr in den Männer-Strafanstalten durchschnittlich 61,7 pCt. (in einzelnen Anstalten über 80 pCt.) und in den Weiber-Strafanstalten 85,6 pCt. (in Lemberg 93,1 pCt.) ausmachen.

Die Gesamtzahl der in Abgang gekommenen Sträflinge bezifferte sich auf 5565 Köpfe (gegen 5092 im Vorjahr). Der Prozentsatz der nach Abbüßung der ganzen Strafe entlassenen Sträflinge hat in den Männer- und Weiber-Strafanstalten um 4,3 beziehungsweise 8,2 pCt. abgenommen. Begnadigt wurden 5,7 pCt. Männer und 14,6 pCt. Weiber mehr als im Vorjahr. Diese auffälligen Ziffern sind auf Allerhöchste Gnadenakte anläßlich des Regierungs-Jubiläums des Kaisers von Österreich zurückzuführen.

Das Verhalten der Sträflinge in den Anstalten hat sich im Berichtsjahre gegen das Vorjahr gebessert. Besonders günstig gestellt

sind die Männer-Strafanstalt in Graz, von wo 88,6 pCt., und die Weiber-Strafanstalt in Vigaun, von wo 92,5 pCt. Sträflinge entlassen wurden, die ihre Strafe gut verbüßt hatten.

Die Unterrichtsresultate haben sich im wesentlichen gebessert. Die Erfolge des Religionsunterrichtes im besondern sind im Vergleich zum Vorjahr bei den Männern geringere, bei den Weibern günstigere, während das Verhältnis bei dem Unterricht in gemeinnützigen Kenntnissen sich umgekehrt stellt.

Die Gesamtzahl der in den Strafanstalten aufgelaufenen Verpflegstage betrug im Berichtsjahr 3 523 830 gegen 3 536 415 im Jahre 1897, mithin 12 585 (d. s. 0,3 pCt.) weniger als im Vorjahr. Die Zahl der Arbeitstage betrug 2 612 100 gegen 2 621 752¼, mithin 9652¾ weniger als 1897. Die Zahl der arbeitslosen Tage betrug hiernach im Berichtsjahr 911 730 gegen 914 662¼ im Vorjahr, d. h. 2932¼ weniger als 1897. Von den Arbeitstagen des Berichtsjahres waren in den Männer-Strafanstalten 28,7 pCt. den Bedürfnissen der Anstalt, 63,2 pCt. dem Verkehr nach außen innerhalb der Anstalt und 8,1 pCt. dem Verkehr nach außen außerhalb der Anstalt gewidmet. Die entsprechenden Ziffern in den Weiber-Strafanstalten lauten 33,4 beziehungsweise 65,2 beziehungsweise 1,4 pCt.

Der Gesamt-Arbeitsverdienst, von welchem ein prozentualer Anteil dem Staat zur Bestreitung der Regiekosten zusteht, während in den Weiber-Strafanstalten den sie verwaltenden Ordenskongregationen Pauschalgelder vom Staat gezahlt werden, hat sich für den einzelnen Sträfling nicht wesentlich verändert; seine absolute Ziffer ist gegen das Vorjahr gestiegen.

Die sanitären Zustände sind als günstige zu bezeichnen. Die Zahl der erkrankten Sträflinge sowohl, wie die Summe der Krankheitsfälle und der Krankheitstage haben sich gegen 1897 vermindert. Der Prozentsatz der von sämtlichen angehaltenen Sträflingen Gestorbenen hat bei Männern und Weibern etwas abgenommen. Der Prozentsatz der Erkrankten hat bei den Männer-Strafanstalten eine Abnahme von 5,7 pCt., bei den Weiber-Strafanstalten eine Zunahme von 1,3 pCt. erfahren. Umgekehrt ist der Prozentsatz der Todesfälle im Verhältnis zur Gesamtheit der Krankheitsfälle in den Männer-Strafanstalten um 0,7 pCt. gestiegen, in den Weiber-Strafanstalten aber um 5 pCt. gesunken. Gebessert haben sich insbesondere im Vergleich mit dem Vorjahr die Gesundheitsverhältnisse der jugendlichen Sträflinge: in beiden Jugendabteilungen (Prag und Marburg) bezifferte sich die Anzahl der ein- oder mehreremale Erkrankten auf 51 (gegen 59 im Vorjahr), die Summe der Krankheitsfälle auf 65 (gegen 95) und die Summe der Krankheitstage auf 1161 (gegen 1773). Die im Jahre 1898 erkrankten Jugendlichen sind in 56 Fällen geheilt und in je 3 Fällen gebessert entlassen worden, beziehungsweise nicht geheilt verblieben, beziehungsweise gestorben.

Von Krankheiten, welche zum Tode führten, forderte die meisten Opfer unter den Sträflingen die Tuberkulose, nämlich 152 Männer und 40 Weiber (1897: 152 beziehungsweise 55). Es folgen als Todesursachen der Häufigkeit nach Krankheiten allgemeiner Natur (37 Sträflinge gegen 34 im Vorjahr) und Krankheiten der Atmungsorgane (34 gegen 33). Durch Selbstmord endeten 4 Männer, kein Weib; im Vorjahre 5 Männer und 1 Weib.

Der Aufwand des Staates für die Strafanstalten betrug im Berichtsjahre 2 731 479 Gulden gegen 2 538 095 Gulden im Vorjahr, also 193 384 Gulden mehr als im Jahre 1897. Nahezu die Hälfte der den weitaus größten Teil des Aufwandes ausmachenden ordentlichen Verwaltungsauslagen wurde durch die eigenen Einnahmen von Strafanstalten gedeckt.

Der Beköstigungsaufwand pro Tag und männlichen Sträfling betrug durchschnittlich 19,8 kr. (gegen 17,8 kr. im Vorjahr) und hat damit eine Höhe erreicht, wie er sie seit 1883 nicht gehabt hat.

Was die Tätigkeit der Sträflings-Fürsorge-Vereine anlangt, so sind im Berichtsjahre von den 2605 Individuen, welche sich an die Vereine gewendet hatten, 2109 der Vereinsfürsorge gewürdigt worden. Im einzelnen wurden 468 Schützlinge in Dienst- oder Arbeitsstellungen untergebracht, 516 mit Kleidern, Werkzeugen usw. beteilt, 1578 mit Geldbeträgen beschenkt, 213 auf andre Weise unterstützt und bei 23 in Bezug auf die Polizei-Aufsicht interveniert. Die Summe der Bargeld-Unterstützungen betrug 23 608 kr. 44 h.

In den Gerichtsgefängnissen der sämtlichen 9 Oberlandesgerichtssprengel (Wien, Graz, Triest, Innsbruk, Prag, Brünn, Krakau, Lemberg, Zara) haben sich befunden: a) in Untersuchungshaft zu Anfang des Berichtsjahres 3958, am Ende des Berichtsjahres 4350 Personen, d. s. 16,2 pCt. beziehungsweise 9,9 pCt. mehr als im Vorjahr; b) in Strafhaft zu Anfang des Berichtsjahres 15 570, am Ende des Berichtsjahres 17 470 Personen, d. s. 2,2 pCt. beziehungsweise 12,2 pCt. mehr als im Vorjahr. Gewachsen ist insbesondere gegen das Vorjahr um 3,3 pCt. die Zahl der nach ministeriellen Verordnungen von 1868 in den Gerichtsgefängnissen anzuhaltenden Häftlinge der politischen und Finanz-Behörden.

---

3. Statistique Judiciaire de la Belgique, Troisième Année, Bruxelles, 1902.

Behandelt sind in Tabellen und Erläuterungen die statistischen Verhältnisse des Jahres 1900, und zwar setzt sich der vom Justiz-Ministerium bearbeitete Inhalt zusammen aus Statistique pénale, die sich gliedert in St. de l'administration de la justice pénale und St. criminelle, Statistique de la justice civile et commerciale (1899 bis 1900), Statistique pénitentiaire, bestehend aus St. administrative und St. des détenus, Statistique de la mendicité et du vagabondage,

Statistique des grâces et de la libération conditionelle, Statistique de la police des étrangers, Statistique des aliénés.

Die vor allem interessierende Kriminalstatistik legt im Gegensatz zu dem Jahrgang 1898 und in Übereinstimmung mit dem Jahrgang 1899 die Zahl nicht der einzelnen Verurteilungen, sondern der Verurteilten zu Grunde, so daß sie also, wie unsre Reichsstatistik, den mehrfach im Jahre verurteilten Delinquenten nur einmal zählt. Zur Ermöglichung eines Vergleichs der Kriminalität des Berichtsjahres 1900 mit derjenigen des Jahres 1898 werden jedoch auch die Ziffern der Verurteilungen aufgeführt.

Die Zahl der Verurteilungen belief sich im Berichtsjahr auf 59 445 gegen 59 291 im Jahre 1899 und 54 799 im Jahre 1898. Die Zahl der Verurteilten betrug 53 687 gegen 53 508 im Vorjahr und 49 528 im Jahre 1898. Damit haben sich die Verurteilungen von 1898 zu 1899 um 8,12 pCt. und von 1899 zu 1900 um 0,25 pCt., die Verurteilten in den gleichen Zeitläufen um 8,03 pCt. beziehungsweise 0,32 pCt. vermehrt. Die Verhältniszahl der erstmalig Verurteilten ist im Gegensatz zu dem Prozentsatze der Rückfälligen gesunken. Unter den letzteren haben es die Männer im Vergleich mit dem Vorjahr von 42,96 pCt. bis auf 44,22 pCt., die Weiber von 24,35 pCt. auf 26,10 pCt. gebracht. Aus der Tabelle, welche die Rückfälligen in einzelne Grade nach der Anzahl ihrer Verurteilungen scheidet, ergibt sich, in wie besonders rapider Weise mit der wachsenden Zahl der Vorbestrafungen die Aussichtslosigkeit der Besserung zunimmt. „On doit considérer comme acqnis que, lorsqu'un condamné a accumulé sur sa tête 5 condamnations successives, les chances de le voir s'améliorer an point de vue moral deviennent minimes. Ces chances sont si peu nombreuses quand le condamné a encouru 10 condamnations, qn'il est permis de considérer comme incorrigibles les récidivistes du 9e (10 condamnations) degré."

Die Weiberkriminalität ist verhältnismäßig ein wenig zurückgegangen. Auf 1000 Verurteilte kamen im Berichtsjahr 232 Weiber gegen 241 im Vorjahre.

Auf 10000 männliche Einwohner kamen 122 männliche, auf ebensoviele weibliche Einwohner 36 weibliche Verurteilte. Besonders stark beteiligt waren die Weiber an den Eidesdelikten, Beleidigungen, Diebstahl und Hehlerei Bemerkenswert ist, daß unter den 52 wegen Mordes Verurteilten sich 25 pCt. Weiber befanden.

Bei Zugrundelegung der veralteten Volkszählung vom 31. Dezember 1890 zeigt sich, daß die verheirateten Männer weit weniger delinquieren als die unverheirateten; umgekehrt liegt das Verhältnis bei den Weibern, und zwar prägt sich hier der Unterschied zwischen Ledigen und Nichtledigen noch viel schärfer aus. Auf 1000 Einwohner masculini generis kamen 558 Ledige, 17 Witwer oder Geschiedene, 425 Verheiratete; auf 1000 Einwohner feminini generis kamen 272 Ledige, 47 Witwen oder geschiedene Frauen und 681 Ver-

heiratete. Die amtliche Statistik bemerkt dazu, daß diese Ziffern den heilsamen Einfluß, den in krimineller Hinsicht die Ehe auf den Mann, den unheilsamen Einfluß, den sie auf das weibliche Geschlecht ausübt, beweisen.

Was die Bildungsverhältnisse anlangt, so fanden sich im Berichtsjahre der bisherigen Tendenz entsprechend viel mehr Analphabeten bei den Rückfälligen als bei den erstmalig Verurteilten, nämlich bei ersteren 25,9 pCt., soweit es sich um Männer, und 45,6 pCt., soweit es sich um Weiber handelt; bei den erstmalig Verurteilten 16,5 pCt. (Männer) und 30,9 pCt. (Weiber).

Die Bedeutung des Alkohols im Gebiete der Kriminalität und zugleich die Bewegung der Trunksucht spiegelt sich in der Tatsache, daß die wegen Verfehlung gegen das Trunksuchtsgesetz vom Jahre 1887 bestraften Männer bei den sämtlichen Verurteilungen der Jahre 1898, 1899 und 1900, nach erstmalig Verurteilten und Rückfälligen getrennt, wie folgt, beteiligt waren:

1898	die erstmalig Verurteilten mit .	8,66	pCt.,
	= Rückfälligen mit	31,17	=
1899	= erstmalig Verurteilten mit .	10,82	=
	= Rückfälligen mit	36,68	=
1900	= erstmalig Verurteilten mit .	11,52	=
	= Rückfälligen mit	39,65	=

Die Verurteilungen auf Grund des Trunksuchtsgesetzes sind gegen das Vorjahr von 21 118 Fällen auf 23 244, d. h. um nahezu 10 pCt gestiegen.

Die Kriminalität der Jugendlichen zeigt für das Berichtsjahr ein im Vergleich mit den in andern Ländern, vor allem auch Deutschland, gemachten Beobachtungen nur geringes Anwachsen gegen das Vorjahr.

Aus der Statistique pénitentiaire hebe ich hervor:

Belgien hat zwei prisons centrales, d. s. Anstalten nur für Strafhäftlinge, und zwar in Louvain und Gand, und 27 prisons secondaires, für Straf- und sonstige, also insbesondere Untersuchungs-Häftlinge. Die Anstalt in Louvain ist Zellengefängnis, die in Gand hat 8 Abteilungen, darunter eine für Zellenhaft und eine Jugendabteilung mit Arbeitsgemeinschaft bei Tage und Einzelhaft bei Nacht. Die prisons secondaires sind mit Ausnahme von 4 sämtlich für Einzelhaft eingerichtet. Weiber kommen nur in die prisons secondaires.

Die Gesamtzahl der Haft-(Verpflegs-)tage belief sich im Berichtsjahr auf 1 493 856 (gegen 1 539 815 im Vorjahr, 1 634 640 im Jahre 1898 und 1 667 772 im Jahre 1897). Dieselbe Tendenz zur Abnahme zeigt sich auch in dem durchschnittlichen Tagesstand, welcher in sämtlichen Anstalten im Berichtsjahr 4093 Köpfe (gegen 4219 im Vorjahr, 4478 im Jahre 1898 und 4570 im Jahre 1897) betrug.

Der in den prisons centrales prinzipiell obligatorische Unterricht (abgesehen von besondern Dispensen des Direktors) ist von 80 pCt. der am 31. Dezember des Berichtsjahres gezählten Besucher mit Erfolg, von 20 pCt. ohne Erfolg absolviert worden. In den prisons secondaires, in welchen der Unterricht für bestimmte Sträflingsklassen obligatorisch, sonst fakultativ ist, lauten die entsprechenden Ziffern 77 pCt. beziehungsweise 23 pCt. bei den Männern und 78 pCt. beziehungsweise 22 pCt. bei den Weibern.

Für die kranken Detinierten weisen die Anstalten die erforderlichen Einrichtungen auf; genügen diese ausnahmsweise nicht, so wird der Häftling in das Hospital überführt, wo er seine Strafe weiter verbüßt. Auf 100 Hafttage kamen im Berichtsjahre in den prisons centrales 5,17 Krankheitstage, in den prisons secondaires bei den Männern 1,79, bei den Weibern 8,99 Krankheitstage. Zu beachten ist, daß in den erstern Anstalten die Verhältniszahl der Krankheitstage von Jahr zu Jahr anwächst. Unter den Krankheiten sind am stärksten vertreten die der Atmungsorgane, in den prisons centrales vor allem noch die Muskelkrankheiten.

Der Unterhaltungsaufwand betrug pro Tag durchschnittlich 1 fr. 32 c.

Aus der Statistique de la mendicité et du vagabondage geht hervor, daß die Anzahl der auf Grund des Gesetzes vom 27. November 1891 in die Dépôts de mendicité und die maisons de refuge aufgenommenen Bettler und Vagabunden gegen das Vorjahr beträchtlich gestiegen ist.

Eine Statistik der Begnadigungen wird erst vom nächsten Jahre an (für 1901) beginnen.

Bedingt entlassen wurden auf Grund des Gesetzes vom 31. Mai 1888 im Berichtsjahr 236 Sträflinge, im ganzen seit dem 1. Juni 1888 2390 Sträflinge. Definitiv geworden sind seit demselben Tage 1783 bedingte Freilassungen. In der gleichen Zeit wurden 84 bedingte Entlassungen revoziert.

---

4. Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin. Neue Folge. Zweiter Band. II. Heft. Herausgegeben von von Liszt). Kriminalstatistische Untersuchung der Kreise Marienwerder und Thorn. Von Bruno Blau. Berlin 1903. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H.

Die mit großer Sorgfalt ausgeführte, 67 Seiten umfassende Abhandlung will zugleich ein Beitrag zur Methodik kriminalstatistischer Untersuchungen sein, wie sie von Liszt in seinem in der Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag (Berlin 1902) niedergelegten Aufsatz „Zur Vorbereitung des Strafgesetzentwurfs“ fordert. Verfasser empfiehlt, je zwei benachbarte (möglichst kleine) Bezirke von ver-

schiedener Kriminalität auf ihre gesamten nach sozialer Richtung hin interessierenden Verhältnisse zu untersuchen und solche Distriktspaare, die sich durch denselben Kriminalitätstypus unterscheiden, miteinander in Vergleich zu bringen. Wenn bei einer derartigen Vergleichung unter den mehre en Faktoren, welche jenen bestimmten Kriminalitätstypus hervorzurufen geeignet seien, derselbe Faktor mehrfach wiederkehre, so könne man diesen mit ziemlicher Sicherheit als ausschlaggebend bezeichnen. Zuerst seien die zu behandelnden Bezirke in allen die Kriminalität möglicherweise beeinflussenden Beziehungen unter Hervorhebung sämtlicher unterschiedlichen Faktoren statistisch zu bearbeiten und die so gefundenen Resultate mit den erst jetzt heranzuziehenden Ergebnissen der Kriminalstatistik in Zusammenhang zu bringen. Zur Erleichterung künftiger Bearbeitungen dieser Art gibt Verfasser ein Faktorenschema unter gleichzeitiger Angabe der für die Untersuchung preußischer Kreise wichtigen allgemeinen Quellenwerke (S. 15 der Abhandlung). Alsdann untersucht er nach Maßgabe dieses Schemas die das gesellschaftliche Leben in den Kreisen Marienwerder und Thorn beeinflussenden Faktoren und bringt sie zu den auf diese Kreise bezüglichen kriminalstatistischen Daten in Verhältnis.

Man wird bei derartigen Arbeiten das von dem Verfasser aufgestellte Schema zur Unterstützung heranziehen können, wenn es auch den Mangel aufweist, der alles Schematische in Verruf gebracht hat, insofern es nämlich zweifellos die vielgestaltige und wechselvolle lebendige Praxis bei weitem nicht ausschöpft oder auszuschöpfen vermag. Insbesondere wird man zum Verständnis krimineller Gestaltungen nicht nur positive (schaffende), sondern auch gewisse negative (hindernde) Faktoren in Betracht ziehen müssen. So hat man häufig beobachtet, daß Auswanderungen im größern Maßstabe oder Kriege, welche einen erheblichen Teil der kriminell-veranlagten Bevölkerung ins Ausland führen, bestimmend, nämlich im günstigen Sinne auf die Bewegung der Verbrechen eingewirkt haben, wie denn in gewissem Sinne auch die Prostitution als Ableiter der Kriminalität zu gelten hat. Ob es praktisch ist, zuerst die gesamten physikalischen, gesellschaftlichen usw. Verhältnisse der zu untersuchenden Distrikte statistisch zu beschreiben und erst dann die Kriminalstatistik heranzuziehen, erscheint mir mindestens zweifelhaft, da es doch wohl natürlich ist, diejenige Erscheinung, deren Ursachen man aufdecken will, zunächst zu kennen. Wenn der Verfasser der Ansicht ist, daß ein Ausgehen von der Kriminalstatistik die Untersuchung der zu Grunde liegenden Verhältnisse ungünstig beeinflussen könnte, so möchte ich dagegen meinen, daß ohne genauere Vorauskenntnis der zu erklärenden Kriminalität bei der Bearbeitung der gestaltenden Faktoren die zur Vermeidung unpraktischer und wertloser Arbeit erforderlichen Anhaltspunkte fehlen. Womit natürlich nicht geleugnet werden soll, daß derjenige, welcher die Verhältnisse des zu untersuchenden Distrikts vor dem Herangehen an die Kriminalstatistik im allgemeinen kennt, einen günstigen Stand hat.

Im übrigen ist dem Verfasser durchaus darin beizutreten, daß die Untersuchung kleiner Distrikte für kriminalpolitische Zwecke besonders wichtig ist. Geachtet muß meines Dafürhaltens nur darauf werden, daß die Kleinheit des Beobachtungsgebiets die Statistik in concreto nicht etwa zu einer Wissenschaft der kleinen Zahlen macht, da eine solche wertlos ist. Die von dem Verfasser für seine Arbeit gewählten beiden Kreise, von denen Marienwerder im Verhältnis zu Thorn in jeder Hinsicht gut abschneidet, bieten in vielen Beziehungen besonderes Interesse.

16.

Literaturbericht.

Strafprozeß.

Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Beling.

I. Allgemeines.

1. Eine Textausgabe der St.P.O. mit Anmerkungen bietet Olshausen[1]; im Anhang beigegeben sind das G.V.G. nebst E.G., das G.K.G., die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige, sowie die Gebührenordnung für Rechtsanwälte; hinter § 413 St.P.O. ist eingeschoben das Entschädigungsgesetz vom 20. Mai 1898. Die Anmerkungen zeichnen sich durch ihre Objektivität und dadurch aus, daß sie nicht lediglich ein Extrakt aus der Judikatur des Reichsgerichts sind.

2. Die Hellwegsche Textausgabe der St.P.O. mit Anmerkungen ist bis zur 12. Auflage gediehen[2], ein Umstand, der von selbst für ihre Brauchbarkeit spricht.

3. A. Dalckes „Strafrecht und Strafprozeß" ist längst in den Kreisen der preußischen Praktiker eingebürgert. Die jetzt erschienene 8. Auflage dieses Werks[3], gleich der 7. von P. Dalcke besorgt, ist nach dem Stande der Gesetzgebung und der Rechtsprechung vervollständigt, ohne daß einschneidende Änderungen vorgenommen wären. Es versteht sich, daß die Novelle vom 13. Juni 1902 zu § 7 St P.O. aufgenommen ist. Daß auch die in den letzten Auflagen weggelassene Justizministerialverfügung vom 14. August 1879, betreffend Strafvollstreckungen, Strafaussetzungen, Begnadigungen und vorläufige Entlassung von Strafgefangenen, wieder Aufnahme gefunden hat, wird zweifellos Beifall finden.

4. Eine Textausgabe der Württembergischen Prozeßgesetzgebung mit Anmerkungen ist von dem Verfasser dieses Berichts ver-

[1] Berlin, Vahlen, 1901.
[2] Berlin, Guttentag, 1903.
[3] Berlin, H. W. Müller, 1902.

anstaltet worden[4]). Das Bändchen enthält das Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. Januar 1879, das Ausführungsgesetz zur Strafprozeßordnung vom 4. März 1879, das Polizeistrafverfügungsgesetz vom $\frac{12.\ \text{August}\ 1879}{4.\ \text{Juli}\ 1898}$, das Gesetz, betreffend das administrative Strafbescheidsverfahren (Fiskalstrafprozeßgesetz) vom 25. August 1879; außerdem die württembergische Gesetzgebung zum Zivilprozeß und Konkurs.

4a. In v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 6., der Neubearbeitung 1. Auflage[4a]) ist der Strafprozeß, der in den vorigen Auflagen von John bearbeitet war, von dem Verf. dieses Berichts bearbeitet[4b]). Die Einleitung umfaßt den Begriff des Strafprozeßrechts, einen Abriß der Geschichte des letzteren, die Rechtsquellen, das Maß ihrer Geltung und ihre Auslegung, sowie das Herrschaftsgebiet der Strafprozeßrechtssätze. Im ersten Buch wurden sodann Prozeßgegenstand, Prozeßsubjekte, Prozeßverhältnis abgehandelt. Das zweite Buch ist der Darstellung des Prozeßgangs gewidmet.

5. Dem Nichtjuristen schildert v. Hippel in der Deutschen Rundschau[5]) die Aufgabe des Strafrichters in einer kurzen sich auf die Rechtsgeschichte stützenden und den Wert der Anklageform, der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit usw. gebührend hervorhebenden Darstellung.

6. Ein strafrechtliches Seitenstück zu Stölzels Schulung für die ziviliſtische Praxis hat Lucas erscheinen lassen[6]). Das Buch nimmt für sich nicht die Bedeutung einer wissenschaftlichen Leistung im eigentlichen Sinne in Anspruch, es ist sozusagen ein Lehrbuch nicht des Strafprozeßrechts, sondern ein Lehrbuch der Anwendung des Strafprozeßrechts und wird seinen Zweck, einen „Beitrag zur Ausbildung der jungen Juristen" zu liefern und ein „Ratgeber für jüngere Praktiker" zu sein, ohne Zweifel erreichen. Methodisch verfährt der Verfasser so, daß er immer in Anwendung auf konkrete Fälle den in Betracht kommenden strafprozessualen Rechtsstoff aufzeigt und erläutert; in dieser Weise geht er den Gang des Strafverfahrens durch von der Entstehung eines solchen an bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens. Daß der Verfasser dabei es nicht darauf anlegt, Kontrooersen zu behandeln, ist selbstverständlich, nur hätte aller Orten, wo umstrittene Fragen ihre Beantwortung finden, die Bestrittenheit ausdrücklich vermerkt werden müssen (so S. 25: Ort der Tat; S. 138: Körperliche

---

[4]) Beling, Württembergische Prozeßgesetzgebung (Gerichtsverfassung, Straf- und Zivilprozeß). Tübingen und Leipzig, J. C. B. Mohr, 1903.

[4a]) Leipzig und Berlin, Duncker & Humblot und Guttentag, 1903.

[4b]) Bd. II S. 326—408.

[5]) XXVII. Jahrgang, Heft 12 S. 407.

[6]) Hermann Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Berlin, Liebmann, 1902.

Unterſuchung; S. 201 Anm. 1: Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Geſichtspunkts bei abweichender ſchwurgerichtlicher Frageſtellung — hier überall werden die Gegenmeinungen entweder garnicht erwähnt oder aber als falſch reprobiert ohne Erwähnung des Umſtandes, daß die Meinung des Verfaſſers nicht allſeitig anerkannt iſt). Auf S. 55 fehlt in dem Beſchluſſe, der die Fortdauer der Unterſuchungshaft anordnet, die Erwähnung des dringenden Tatverdachts. Auf S. 225 wird eine Reihe von Beweisanträgen von dem Gericht in höchſt bedenklicher und mindeſtens nicht nachahmenswerter Weiſe abgelehnt. Die Neigung, Beweisanträge abzulehnen, iſt ohnehin gerade bei jüngeren Juriſten oft ſehr groß, und es wäre hier dringend eine Warnung vor Beweisabſchneidung erwünſcht. Auf S. 253 wird die Wendung „bei Strafe der Nichtigkeit“ in künftigen Auflagen nicht ſtehen bleiben dürfen. Auf S. 303 Anm. 2 läßt der Verfaſſer die berufungsinſtanzliche Staatsanwaltſchaft ſagen, daß ſie an der Ladung eines Entlaſtungszeugen zum Hauptverhandlungstermin „kein Intereſſe habe“, es aber dem Vorſitzenden anheimgebe, die Ladung zu verfügen. Das mag in der Praxis öfter vorkommen, iſt aber durchaus zu mißbilligen, denn für den Entlaſtungsbeweis muß ſich der Staatsanwalt ebenſo intereſſieren, wie für den Belaſtungsbeweis (vgl. St.P.O. § 158 Abſ. 2); erhebliche Entlaſtungszeugen muß er alſo ſpontan, ohne die Verfügung des Vorſitzenden abzuwarten, laden. Lehrt doch der Verfaſſer ſelbſt auf S. 397 in den — überhaupt ſehr leſenswerten — „Schlußbemerkungen“, daß der Staatsanwalt objektiv ſein, ſich innerlich in die Rolle des Richters hinein verſetzen müſſe!

7. Das 1884 in 1. Auflage[7]) erſchienene Werk von v. Marck über die Staatsanwaltſchaft iſt in 2. Auflage, bearbeitet von v. Marck und Kloß, herausgekommen[8]). Wie die 1. Auflage, ſo iſt auch die 2. ſehr geeignet, ein ſtändiger Ratgeber für die geſchäftliche Behandlung der zu bearbeitenden Sachen in der ſtaatsanwaltſchaftlichen Praxis zu ſein. Ihr Inhalt iſt gegenüber dem der 1. Auflage bedeutend vermehrt. Beſonders wertvoll iſt die geordnete Maſſe von Verordnungen und Verfügungen, die in dem Buche zuſammengeſtellt und je an ihrem Orte, meiſt in extenso, abgedruckt ſind. Das mühevolle Zuſammenſuchen aus entlegenen Generalakten u. dgl., die Sonderung der geltenden Reſkripte von den veralteten uſw. iſt dem Benutzer dadurch erſpart. Zum Vorteil des Werkes gereicht auch, daß der Inhalt der M.St.G.O., ſoweit in Betracht kommend, mit verarbeitet iſt. Auffallend iſt, daß Strafantrag und Ermächtigung weit auseinander

[7]) Vgl. Z V 586.

[8]) v. Marck-Kloß, Die Staatsanwaltſchaft bei den Land- und Amtsgerichten in Preußen. Form und Inhalt der Amtshandlungen der Staatsanwaltſchaft nach Reichs- und Landesrecht, mit den einſchlägigen Beſtimmungen im Wortlaut und mit Verfügungsentwürfen. Berlin, Heymann, 1. Halbband 1901; 2. Halbband 1903.

gerissen sind (§ 13 der Antrag, § 34 die Ermächtigung). Die Privatklage bei unlauterem Wettbewerb verdiente wohl keinen eigenen Paragraphen (§ 29), sondern wäre wohl sogar viel besser mit der Beleidigungs- und Körperverletzungs-Privatklage (§ 28) einheitlich dargestellt worden. Auf S. 97 verfallen die Verfasser in den Fehler, den sogenannten „Konflikt" bei Verfolgung von Beamten (Antrag auf Vorentscheidung gemäß § 11 E.G.V.G.) als „Kompetenzkonflikt" zu bezeichnen, während doch hier in keiner Weise über die Kompetenzfrage gestritten wird. Die sprachlich wie sachlich entsetzliche Wendung „in nicht rechtsverjährter Zeit" (S. 331) hätte ausgemerzt werden sollen. Dies umsomehr, als die Verfasser sonst erfreulicherweise auf gute Ausdrucksweise Gewicht gelegt haben. Wenn auf S. 361 empfohlen wird, gegen Wehrpflichtflüchtige grundsätzlich eine Strafe von mehr als 150 Mark zu beantragen, um 5jährige Verjährungsfrist zu erzielen, so wird durch solche schematische Behandlung der Lage der einzelnen Sache, die ohnehin in dem Absenzverfahren gegen Wehrpflichtdelinquenten stark beeinträchtigt erscheint, aber doch mit Rücksicht auf die Persönlichkeiten, Vermögensverhältnisse usw., in Betracht gezogen werden muß, nicht genügend Rechnung getragen. Daß eine Beschwerde durch Gründe gerechtfertigt werden soll (S. 403), ist empfehlenswert, nur hätte hervorgehoben werden sollen, daß die Begründung der Beschwerde gesetzlich nicht vorgeschrieben, vielmehr auch die ohne Angabe der Beschwerdegründe eingelegte Beschwerde zulässig ist und durch das Beschwerdegericht inhaltlich erledigt werden muß. Nicht bedenkenfrei ist das auf S. 530 mitgeteilte Reskript, wonach im Falle einer dem Verletzten zugesprochenen Publikationsbefugnis die Publikation unter Umständen von Amtswegen veranlaßt werden soll.

Allseitige Billigung wird die Vermeidung der zopfigen lateinischen Ausdrücke in den Verfügungsbeispielen finden („durch Verfügungsabschrift" statt „p. c. d.", „Versendungsbeleg" statt „retentum" usw.). Auch die Verdeutschung „Hilfsfreiheitsstrafe" für „substituierte Freiheitsstrafe" (S. 515) verdient Beifall.

Sehr am Platze ist auch der Hinweis (S. 375), daß es unangemessen ist, Geschworene auf ihre Bitte hin aus Gefälligkeit abzulehnen.

Hier und da hätte die Bestrittenheit der vorgetragenen Auffassung zum Ausdruck gebracht werden sollen.

8. Eine Anleitung für die Erforschung des Sachverhalts strafbarer Handlungen gibt Hans Groß den deutschen Polizeibeamten[9]). Der erste, allgemeine Teil handelt von dem Vernehmenden, von den zu Vernehmenden, weiter von Lokalaugenschein, Sachverständigen, Gaunerpraktiken, Zigeunern, Aberglauben, Waffen, Spuren,

[9]) Hans Groß, Die Erforschung des Sachverhalts strafbarer Handlungen. Ein Leitfaden für Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienstes des Deutschen Reichs. München, Schweizer, 1902.

Zeichen und verwandten Dingen; im zweiten, besonderen Teil wird das bei Körperverletzung und Tötung, Diebstahl, Betrug und Fälschung, Brandstiftung, Unfällen bei großen Betrieben Wissenswerte gelehrt.

Das Buch ist für seinen Zweck trefflich geeignet. Daß auf S. 17 dem Polizeibeamten empfohlen wird, in seiner Requisitentasche „ein kleines gepreßtes Kruzifix und 2 kleine Wachskerzchen für dringende Beeidigungen" mit sich zu führen, ist freilich auffallend, nicht nur weil Polizeibeamte überhaupt keine Eide abzunehmen haben, sondern auch weil Kruzifix und Kerzen für Eidesleistungen überhaupt nicht erforderlich sind.

9. Über die Reform des Strafprozesses äußert sich Stenglein im Gerichtssaal[10]) an der Hand des von der Strafprozeßkommission entworfenen Programms. 1. Er erklärt sich gegen Erweiterung des forum deprehensionis. Für Zuständigkeitsstreitigkeiten bezeichnet er eine durchgreifende zusammenfassende Regelung dahin, daß das gemeinsame obere Gericht entscheide, für erwünscht. Die in der Voruntersuchung gefällten Entscheidungen über die Zuständigkeit müßten in weitem Umfange anfechtbar sein. 2. Die Gründe, aus denen ein Richter abgelehnt werden könne, vertrügen keine Einengung; wohl aber sei die Zulässigkeit einer Ablehnung in der Hauptverhandlung zu beseitigen. 3. Ein Bedürfnis, dem Beichtgeheimnis einen noch wirksameren Schutz zu gewähren, liege nicht vor. 4. Das Redaktionspersonal samt Hilfspersonal sei von Zeugnispflicht zu befreien. 5. Eine Einschränkung der Zahl der Eide sei dadurch herbeizuführen, daß grundsätzlich in einer und derselben Strafsache dem Zeugen nur einmal der Eid abgenommen werde, und bei späteren Vernehmungen der Zeuge sich nur auf den einmal geleisteten Eid zu berufen habe. Gegen Unterlassung der Vereidigung wegen Unglaubwürdigkeit, oder wegen Unerheblichkeit der Aussage, oder wegen Glaubwürdigkeit, oder bei Kompromiß der Parteien sei ernstlich zu protestieren. Dagegen könne man sich vielleicht damit einverstanden erklären, daß für Anklagesachen von geringerer Bedeutung eine minder solenne Beteurungsform eingeführt werde. Die Bestimmung, ob Voreid oder Nacheid, solle dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle überlassen bleiben. Die Vereidigung des Zeugen sei bei der ersten richterlichen Vernehmung, gleichviel ob dies im Hauptverfahren oder im Vorverfahren sei, vorzunehmen. Uneidliche falsche Aussagen seien mit Strafe zu bedrohen. 6. Die sofort zu vollziehende Beschlagnahme sei nur dem Richter oder bei Gefahr im Verzuge dem Staatsanwalt einzuräumen. Bei Beschlagnahme gegenüber Unverdächtigen müsse dem Widerspruche des Betroffenen Suspensiveffekt bis zur richterlichen Entscheidung beigelegt werden. Bei Antragsdelikten solle vor Antragstellung keine Beschlagnahme statthaft sein. 7. Die Anordnung einer Durchsuchung solle selbst gegen den Beschuldigten nicht Sicherheitsbeamten übertragen

[10]) Bd. LXII S. 241, 321.

werden, es handle sich denn um sofort zu vollziehende Durchsuchungen. Bei Unverdächtigen dürfe die Anordnung niemals durch die Polizei erfolgen; aber auch die Ausführung nicht; Untersuchung der Person sei zuzulassen gegen den Beschuldigten; aber die Anordnung dieser Maßregel dürfe nur dem Richter, bei Gefahr im Verzuge auch dem Staatsanwalt zugestanden werden; die Ausführung dürfe nicht durch jeden Sicherheitsbeamten erfolgen. Gegen Unverdächtige sei, wenn sie Männer seien, die Untersuchung ebenfalls zuzulassen, aber bei Weigerung sei über die Weigerungsgründe richterlich zu entscheiden. Bei Frauen sei die Untersuchung möglichst durch Frauen, eventuell durch den Arzt, auszuführen, und nicht auf die Geschlechtsorgane auszudehnen. 8. Die Untersuchungshaft bei Übertretungen sei zu beseitigen, bei Vergehen an die Voraussetzungen des § 113 St.P.O. zu knüpfen. Der Fluchtverdacht sei bei Verbrechen, die nur mit Zuchthaus bis 5 Jahren bedroht sind, nicht zu präsumieren. Zur Verhaftung müsse so viel Verdacht gefordert werden, daß die öffentliche Klage daraufhin erhebbar ist (der Verfasser scheint anzunehmen, daß „dringender" Verdacht einen geringeren Verdachtsgrad bedeute, als „hinreichender" Verdacht, was sicher unzutreffend ist). 9. Die Notwendigkeit der Verteidigung um deswillen, weil die Tat ein Verbrechen darstelle, sei zu beseitigen, dagegen die Notwendigkeit der Verteidigung wegen jugendlichen Alters bis zur Altersgrenze von 21 Jahren hinaufzurücken. Eine Einengung der Verteidigung sei nicht am Platze, auch nicht, wenn die Berufung eingeführt werde. Ein Verteidiger müsse in den Fällen der notwendigen Verteidigung spätestens 8 Tage vor Zustellung der Anklageschrift an den Beschuldigten vorhanden sein. Von der Bestellung an müsse dem Verteidiger volle Akteneinsicht gewährt werden. Zur Erklärung auf die Anklage sei eine Frist von mindestens 8 Tage zu gewähren. 10. Das Legalitätsprinzip sei abzuschaffen. Gegenüber der staatsanwaltschaftlichen Ablehnung einer Anklage sei lediglich Beschwerde im Justizverwaltungswege bis an die oberste Justizverwaltungsstelle zu gewähren. Das gerichtliche Klageprüfungsverfahren ex §§ 170 ff. St.P.O., das keine Verteidiger gefunden habe (?? — R. Schmidt, Birkmeyer, Hugo Meyer, v. Lilienthal, Kade, Thiersch usw.!) sei zu beseitigen. Dagegen sei die subsidiäre Privatklage zu erweitern. 11. Das Vorverfahren solle, mit gewissen Einschränkungen, parteiöffentlich, aber nicht volksöffentlich sein. Eine kontradiktorische Schlußverhandlung sei nicht angebracht. Die Voruntersuchung sei nicht abzuschaffen, aber so zu gestalten, daß der Untersuchungsrichter nur Gehilfe der Staatsanwaltschaft sei. Auf Einreichung der Anklageschrift hin habe sofort Anberaumung des Hauptverhandlungstermins zu erfolgen. Richterliche Prüfung solle nur stattfinden, wenn der Staatsanwalt einstellen wolle. 12. Der Eröffnungsbeschluß müsse in Wegfall kommen; wenn nicht, so sei jedenfalls dem Angeklagten ein Rechtsmittel gegen den Beschluß nicht zu geben. Ein Recht des Angeklagten, wegen neu hervortretender Umstände Aussetzung der Hauptverhandlung zu fordern, sei im Gesetz nicht formuliert fest-

zustellen. Ein solches Recht bestehe im wesentlichen ohnehin auch ohne ausdrückliche Fixierung. 13. Das summarische Verfahren (St.P.O. § 211) sei auf die Fälle einer Festnahme zu beschränken, sofern die Sache vor das Gericht unterster Ordnung gehöre, aber ohne daß zwischen Vergehen und Übertretungen geschieden werde. 14. Gegen den geladenen Angeklagten solle eine Absenz-Hauptverhandlung statthaft sein, wenn es sich nur um Geldstrafe, Einziehung, Haft, Gefängnis bis 6 Wochen handle, außer wenn das Nichterscheinen ein unfreiwilliges sei, oder wenn es sich um Delikte handle, die Rückfallstrafe oder Verluste der Ehrenrechte nach sich ziehen könnten. Ohne regelrechte Ladung solle Absenzverhandlung nicht zulässig sein. 15. Die geltenden Bestimmungen über das Kreuzverhör seien nicht abzuändern. 16. Gegen den Übelstand, daß die Verhandlungen übermäßig ausgedehnt und auf unerhebliche Dinge erstreckt würden, sowie daß gegen Zeugen und Sachverständige Verdächtigungen und kränkende Angriffe vorkämen, sei gesetzlich nichts zu machen. 17. Eine Aufnahme der Argumente, aus denen das Gericht die erheblichen Tatsachen für erwiesen erachtet habe, in die Urteilsgründe sei unmöglich und unnötig. 18. Reformbedürftig sei die Bestimmung über die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls, und zwar in folgendem Sinne: Das Protokoll sei „bei Strafe (sic!) der Nichtigkeit" binnen 3 Tagen nach Schluß der Verhandlung zu den Akten zu bringen und den Parteien zur Einsicht auzulegen; den Parteien müsse dann das Recht zur Beantragung einer Berichtigung binnen 24 Stunden offen stehen; über die beantragten Berichtigungen habe, wenn nicht Vorsitzender und Protokollführer ohne weiteres zustimmten, Gerichtsbeschluß (eventuell nach Vernehmung von Zeugen usw.) zu ergehen. Das festgestellte Protokoll müsse aber vollen Beweis machen. Neben ihm müsse die gleiche Beweiskraft dem im Urteil von sämtlichen Richtern Festgestellten zukommen. Bei Widerspruch zwischen Protokoll und Urteil dürfe keinem der Vorrang gegeben werden, sondern der betreffende Punkt habe als nicht festgestellt zu gelten.

19. Die Wiederaufnahme des Verfahrens sei im ganzen in ihrer bisherigen Gestalt beizubehalten und insbesondere nicht auf den Fall zu beschränken, daß der Angeklagte vorher die Berufung eingelegt habe. Doch sei der Fall der Geisteskrankheit des Angeklagten dem Falle, daß er verstorben sei, gleichzustellen; und § 399⁵ St.P.O. dahin abzuändern, daß nur solche Beweismittel als wiederaufnahmebegründend zugelassen würden, die der Verurteilte früher nicht gekannt habe oder ohne sein Verschulden nicht habe benutzen können. 20. Die Privatklage solle bei allen Antragsdelikten als prinzipale und subsidiäre zugelassen werden, überdies auch noch bei einer Anzahl von Offizialdelikten. 21. Die Zulässigkeit von Strafbefehlen sei nicht zu erweitern, sondern im Gegenteil auf Verhängung von Geldstrafe und Einziehung zu beschränken. Die gleiche Beschränkung müsse bei polizeilichen Strafverfügungen und administrativen Strafbescheiden Platz greifen. Die Zurücknehmbarkeit der Strafverfügung und des Straf-

beſcheids ſei nicht über den Zeitpunkt hinaus zuzulaſſen, in dem die Akten der Staatsanwaltſchaft übergeben würden. Das Verfahren ſolle ſo konſtruiert werden, daß mit dem Augenblick des Antrags auf gerichtliche Entſcheidung einfach die Strafverfügung beziehungsweiſe der Strafbeſcheid als aufgehoben gälten und es der Staatsanwaltſchaft überlaſſen bliebe, ob ſie Klage erheben wolle oder nicht. 22. Eine reichsgeſetzliche Regelung der Strafvollſtreckung ſei zur Zeit unmöglich; nur gewiſſe prinzipielle Punkte ſeien in der St.P.O. zu regeln, ſo namentlich die Frage, von welcher Dauer an die Gefängnisſtrafe in den größeren Anſtalten vollzogen werden müſſe. Schon jetzt aber ſollten ſich die kleineren Einzelſtaaten zu größeren Einheiten für den Strafvollzug vereinigen. Ein Strafvollzugsgeſetz ſei für den Zeitpunkt in Ausſicht zu nehmen, in dem die Reform des materiellen Strafrechts durchgeführt ſei. 23. Eine Beſchränkung der Öffentlichkeit über das derzeit beſtehende Maß hinaus ſei zu verwerfen, insbeſondere auch bei Beleidigungsprozeſſen. Nur könne Ausſchluß der Öffentlichkeit im Verfahren gegen Jugendliche im Geſetz für den Fall vorgeſehen werden, daß zu beſorgen ſei, es werde die öffentliche Verhandlung auf den Angeklagten abſtumpfend einwirken; vorzuziehen ſei freilich in ſolchen Fällen überhaupt Ausſchließung eines Strafverfahrens und Fürſorgeerziehung oder im voraus bedingte Begnadigung. 24. Das Laienelement ſei nach wie vor zur Rechtſprechung zuzuziehen und zwar in Geſtalt der jetzigen unſtändigen Schöffengerichte und ohne Aufteilung der Funktionen zwiſchen Berufsrichter und Laien. Die Zuſtändigkeit der Amtsrichter ohne Schöffen ſei nicht zu erweitern. Für die Berufung der Schöffen zum Amte ſeien im ganzen die geltenden Beſtimmungen beizubehalten, doch ſei Sorge dafür zu tragen, daß Unbemittelte mehr als bisher vom Schöffendienſte befreit würden. Die Strafkammern und ebenſo die Schwurgerichte ſeien durch mittlere und große Schöffengerichte zu erſetzen. Zu beſetzen ſeien die kleinen Schöffengerichte mit 1 Berufsrichter und 2 Schöffen, wenn Berufung zugelaſſen werde; andernfalls mit 2 Berufsrichtern und 3 Schöffen; die mittleren mit 3 Berufsrichtern und 4 Schöffen, jedoch als Berufungskammern in Strafkammerſachen mit 3 Berufsrichtern und 6 Schöffen; die Berufungskammern bei den Oberlandesgerichten mit 5 Berufsrichtern und 6 Schöffen; die großen Schöffengerichte endlich mit 3 Berufsrichtern und 6 Schöffen. Für den Fall, daß die Schwurgerichte beibehalten würden, ſeien auch die bisherigen Beſtimmungen über ihre Zuſammenſetzung und über die Bildung der Geſchworenenbank beizubehalten. 25. Für die Abgrenzung der ſachlichen Zuſtändigkeit ſei in konſequenterer Weiſe als bisher die Trichotomie zu Grunde zu legen. 26. Der Berufung bringt Stenglein, wie in ſeinen früheren Schriften, keine Sympathie entgegen. Werde aber die Berufung eingeführt, ſo ſei für die Regel das Oberlandesgericht zum Berufungsgericht zu berufen, und nur für Ausnahmsfälle (große Bezirke uſw.) ſeien Berufungskammern der Landgerichte vorzuſehen. Keinesfalls ſei das Unmittelbarkeitsprinzip in der Berufungsinſtanz durch Zulaſſung

von Protokollverlesungen zu beschränken. Undurchführbar sei auch eine Einengung der Berufung durch das Erfordernis der Aufstellung von Beschwerdepunkten. Für den Fall des Ausbleibens des Angeklagten in der berufungsinstanzlichen Hauptverhandlung dürfe nicht Verwerfung der Berufung, sondern nur regelmäßige Absenzverhandlung oder Vorführung des Angeklagten angeordnet werden. 27. Die Revision solle an die Oberlandesgerichte auch dann verwiesen werden, wenn neben der Rüge einer Verletzung von Landesrecht eine Prozeßrüge angebracht werde. Den (fast allseitig getadelten) § 380 St.P.O. will Stenglein beibehalten wissen, wenn das Rechtsmittel der Berufung in Strafkammersachen nicht eingeführt werde; werde Berufung eingeführt, so sei zu bestimmen, daß die Revision in Strafkammersachen auf die in der Berufungsinstanz begangenen Prozeßverstöße gestützt werden könne. 28. Behufs Entlastung des Reichsgerichts sei eine Vorprüfung einzuführen behufs hauptverhandlungsloser Beseitigung aller offensichtlich zur Verwerfung der Revision geeigneten Revisionen.

10. In Fortsetzung seiner Abhandlung in Goltdammers Archiv Bd. XLVIII S. 38[11]) bespricht v. Bar in derselben Zeitschrift eine Reihe weiterer Bestimmungen des italienischen Strafprozeßordnungs-Entwurfs[12]). Im schwurgerichtlichen Verfahren solle nach dem Entwurf eine Trennung der Rechtsfrage von der Tatfrage Platz greifen dergestalt, daß die Geschworenen nur über Tatsachen befragt würden; ferner solle die Fragestellung zerteilt werden, die materiellen Elemente der Tat sollten von der Schuldfrage getrennt werden; ein Resümee solle der Vorsitzende nicht geben; wenn die Geschworenen die Tatfrage zum Nachteile des Angeklagten nur mit einfacher Majorität bejaht hätten, so solle der Gerichtshof darüber beraten, ob sich die Geschworenen über das Hauptfaktum geirrt hätten, und gegebenenfalls den Angeklagten freisprechen, eventuell die Sache an ein anderes Schwurgericht verweisen; die Fragestellung solle ausschließlich Sache des Vorsitzenden sein, und zwar solle sie vor dem Schlußvortrage der Parteien erfolgen; das Verdikt solle eigentümlicherweise so gebildet werden, daß die Geschworenen ohne Beratung, in Gegenwart des Gerichtshofs, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung durch Zettel ihre Stimme abgäben. Alle diese projektierten Bestimmungen seien verfehlt. — Hinsichtlich des Kassationsrekurses habe sich der Entwurf der deutschen St.P.O. angenähert. Als ein Gegenstand weiterer Erwägung sei in der Kommission auf Anregung Luchinis die außerordentliche Wiedereröffnung des Verfahrens durch den Kassationshof wegen gegründeter Zweifel an der Richtigkeit einer relevanten Tatsache bezeichnet worden. v. Bar möchte dazu noch die Befugnis zu sofortigem Urteil in der Sache für den Kassationshof hinzugefügt wissen (nach dem Vorbild der österreichischen St.P.O.). Beifallswert sei auch die Beibehaltung der Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des

[11]) Vgl. Z. XXII, 394.
[12]) Goltd. Arch. Bd. XLVIII S. 207.

Gesetzes. — Zu billigen sei auch, daß der Entwurf die Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten erweitern wolle. Daß die Entscheidung über die Wiederaufnahme dem Kassationshof zugewiesen werde, werde für Italien angemessen sein (anders für deutsche Verhältnisse). Durchaus unangemessen sei es aber, wenn der Entwurf die Wiederaufnahme nur auf Anordnung des Justizministers eintreten lassen wolle. Mit Recht versage der Entwurf dem nachträglichen Geständnis den Charakter eines Wiederaufnahmegrundes gegen den Angeklagten; dagegen müsse eine Wiederaufnahme gegen den Freigesprochenen aus dem Grunde zulässig sein, daß er seine Freisprechung durch eine strafbare Handlung bewirkt habe. — Die Entschädigung unschuldig Bestrafter sei von der Kommission im Prinzip angenommen worden. Bei der weiteren Ausgestaltung werde das deutsche Entschädigungsgesetz nicht gerade zum Muster genommen werden dürfen. Eine Entschädigung werde nicht bloß demjenigen zugebilligt werden müssen, dessen Unschuld nachgewiesen sei, sondern auch demjenigen, der wegen unzulänglichen Beweises freigespochen werde. Die Gerechtigkeit verlange ferner Entschädigung nicht bloß für erlittenen Vermögensschaden, sondern auch für ausgestandene Schmerzen usw. Der Ausspruch über die Entschädigung sei in die Hand des Strafgerichts zu legen. Vorzuenthalten sei der Entschädigungsanspruch nur dem, der vorsätzlich, nicht auch dem, der nur fahrlässig, und wäre es auch grobfahrlässig, seine frühere Verurteilung herbeigeführt habe. Für unschuldig erlittene Untersuchungshaft sei eine Entschädigung nicht minder am Platze, wie für ungerechtfertigte Bestrafung. — Sehr eingehend habe sich die Kommission mit tunlichster Verhinderung unnötiger Verhaftungen beschäftigt; die aufgestellten Sätze ließen sich jedoch ohne eigene Kenntnis von der bisherigen italienischen Praxis schwer würdigen. — Anlangend das Verfahren gegen Abwesende, so habe die Kommission entgegen einer Anregung Brusas die Absenzverurteilung als möglich beibehalten; es solle aber der Angeklagte, der wirklich in der Hauptverhandlung nicht erscheinen könne, seine Rechte durch einen Verteidiger wahrnehmen lassen können, und jeder solle gehört werden, der die Schuldlosigkeit des Angeklagten ausführen wolle. — Sehr zweckmäßiger Weise habe sich endlich die Kommission für Zulassung von Strafbefehlen ausgesprochen, wiewohl bisher gegen diese Einrichtung in Italien eine starke Abneigung bestanden habe.

II. Gerichtsverfassung; Zuständigkeit; Rechtshilfe.

11. Ötker behandelt in Goldammers Archiv[13]) die Rechtsgrundlagen der Schöffen- und Schwurgerichtsbildung. Aus seinen Aufstellungen seien folgende hervorgehoben: Wenn bei Herstellung der Teilurlisten der Vorsteher einer Gemeinde in dieser gar keine schöffen-

[13]) Bd. XLIX S. 93, 203; Bd. L S. 62, 204.

dienstfähigen Personen habe, so trete an die Stelle der Liste eine Negativerklärung, die dann genau so wie eine Namensliste zu behandeln sei, also auszulegen sei und der Einsprache unterliege. Wenn eine Gemeinde unter mehrere Gerichtsbezirke aufgeteilt sei, so seien für sie mehrere Urlisten aufzustellen und zwar so, daß für die Aufnahme in die eine oder andre Liste der Wohnsitz des Betreffenden in dem einen oder andern Teil des Gemeindebezirks maßgebend sei. — Der Rechtsbestand der Urliste werde nicht aufgehoben durch Mitberücksichtigung von Personen, die nicht aufgenommen werden durften. Werde ein in die Liste aufgenommener Unfähiger zum Schöffen gewählt, und werde er, bevor er mitfungiere, fähig, so sei Alles in Ordnung; bestehe freilich die Unfähigkeit noch zur Zeit der Sitzung, so sei seine Mittätigkeit unzulässig und das Urteil, an dem er mitgewirkt habe, nicht rechtsbeständig. — Nicht nachzuprüfen vom Prozeßgericht sei die Einhaltung der einwöchigen Frist, die für Auslegung der Gemeindelisten vorgeschrieben sei. — Einspracheberechtigt seien (trotz des „Jedermann" in G.V.G. § 36 Abs. 2) nur volljährige Männer, die in der Gemeinde ihren Wohnsitz hätten, geschäftsfähig und deutsche Staatsangehörige seien, auch nicht selber zum Schöffendienst unfähig seien. Begehre jemand freilich seine Aufnahme oder Streichung in den Listen gerade unter Behauptung seiner Befähigung oder Nichtbefähigung zum Schöffendienst, so dürfe seine Einsprache nicht wegen mangelnder Legitimation zurückgewiesen, sondern es müsse über die Einsprache inhaltlich entschieden werden. Die Einsicht in die Listen sei „Jedermann", also nicht bloß den Reklamationsberechtigten, zu gestatten, immerhin sei der Gemeindevorsteher befugt, demjenigen die Einsicht zu verweigern, dessen etwaige Einsprache zweifellos zu verwerfen wäre. — Die Prüfung der Legitimation der Mitglieder des Vertrauensausschusses sei Sache des Ausschusses selbst. Eine Beschwerde gegen die Entscheidung darüber gebe es nicht. Das Mitglied, dessen Wahl in Frage stehe, könne und müsse gegebenenfalls selbst mitstimmen. Die Wahlungiltigkeitserklärung wirke nur ex nunc. — Der Vertrauensausschuß sei zur Prüfung verspäteter Reklamationen nicht verpflichtet. Ein Vertrauensmann, der selber die Einsprache erhoben habe, oder dessen Schöffeneigenschaft die Einsprache betreffe, habe sich der Mitwirkung an der Entscheidung darüber zu enthalten. Die Erhebung einer Einsprache in der Sitzung durch die Ausschußmitglieder sei unstatthaft. — Aufnahme eines neuen Namens in die Liste könne nur auf Einsprache hin erfolgen; wäre ohne solche jemand neu in die Liste aufgenommen worden und hätte als Schöffe mitgesessen, so sei das Urteil nichtig; auch verliere eine Urliste ihre Rechtsbeständigkeit, wenn der Ausschuß ohne Einsprache eine erhebliche Zahl weiterer Namen in sie einreihe. Streichung eines Namens könne der Ausschuß ex officio verordnen, weil nur aus Fähigen zu wählen sei. — Wenn eine Einsprache übersehen worden sei, und der Ausschuß nicht mehr vereinigt sei, so würden Reklamationen meist gegenstandslos geworden sein; nur wenn der Betreffende, gegen dessen

Aufnahme Einsprache vorlag, gewählt worden sei, habe nachträglich der Amtsrichter in Analogie des § 52 G.V.G. zu entscheiden. Aufsichtsbeschwerde gegenüber der Unaufmerksamkeit sei in allen Fällen gegeben, aber sie führe nicht zu nachträglicher Entscheidung. — Widerruflich seien die Entscheidungen des Vertrauensausschusses, solange der Ausschuß seine Tätigkeit noch nicht beendigt habe, auch noch nach erfolgter Protokollierung. — Die Entscheidung des Ausschusses, daß ein Schöffe fähig sei, der in Wahrheit unfähig sei, hindere ein auf die Unfähigkeit gestütztes Rechtsmittel nicht. — Werde jemand zugleich zum Haupt- und zum Hilfsschöffen gewählt, so sei er berechtigt, den Hilfsdienst zu weigern; nicht aber sei die Wahl zum Hilfsschöffen ungiltig. — Sei der Ausschluß beschlußunfähig, stelle aber dennoch die Jahreslisten auf, so seien die unter Mitwirkung des gewählten Schöffen ergangenen Urteile wegen gesetzwidriger Grundlage der Gerichtskonstituierung nichtig. Erneute Einberufung des Ausschusses zum Zwecke rechtsgiltiger Wiederholung der Wahl sei zulässig, aber nur bis zum Beginn der Schöffengerichtssitzungen auf Grund der ungiltigen Jahresliste. Werde der Fehler erst nach diesem Zeitpunkt erkannt, so müsse die gesamte Schöffengerichtstätigkeit sistiert, und aus St.P.O. § 15 Abhilfe gesucht werden. — Habe bei Aufstellung der Jahresliste eine Teilliste gefehlt, so sei die Schöffenwahl ebenfalls nichtig und Neuberufung des Ausschusses erforderlich. Die Neuberufung werde in diesem Falle aber durch Beginn der Schöffengerichtssitzungen auf Grund der ungiltigen Jahresliste nicht gehindert.

Aus der Jahresliste könne der Amtsrichter noch Namen streichen, wenn nachträglich Unfähigkeit eines Schöffen eintrete oder sich herausstelle. Eine jede Streichung in der Hauptschöffenliste werde unabänderlich mit erfolgter Auslosung der Schöffen aus der Liste; eine Streichung in der Hilfsschöffenliste dagegen erst, wenn der Hintermann des gestrichenen Schöffen zum Dienst einberufen sei. — Streichung eines Hauptschöffen könne auch noch nach erfolgter Auslosung verfügt werden, mit der Wirkung, daß alsdann der jeweils erste Hilfsschöffe heranzuziehen sei; mit der Einberufung des Hilfsschöffen werde jene Streichung unabänderlich. — Eine Streichung, die durch den Ausschuß erfolgt sei, werde definitiv mit der Beendigung der Ausschußtätigkeit.

Trete hinsichtlich eines in die Liste aufgenommenen Schöffen ein Umstand ein, bei dessen Vorhandensein nach dem Gesetz jemand nicht zum Schöffen berufen werden „solle", verlege der Betreffende z. B. seinen Wohnsitz außerhalb des Gerichtsbezirks, so sei er zwar nicht in der Liste zu streichen, wohl aber fortan nicht mehr heranzuziehen. Die Entscheidung hierüber werde unabänderlich mit der Losung; für einen Hilfsschöffen mit Einberufung des Nachmanns. Solche Ausscheidung sei aber auch noch nach erfolgter Losung immer noch möglich.

Neuaufnahme von Schöffen durch den Amtsrichter sei unzulässig;

Digitized by Google

ebenso Wiederaufnahme eines durch den Ausschuß gestrichenen Schöffen. Dies auch dann, wenn die Unfähigkeit oder der Umstand, der ein Nichtberufenwerden-„Sollen" bedingt habe, wegfalle. Hätte ein Amtsrichter einen Schöffen eingeschoben, so sei das Gericht, insoweit der Eingeschobene als Schöffe fungiert habe, nicht vorschriftsmäßig besetzt; nicht aber sei Nichtigkeit des ganzen Auslosungsgeschäfts eingetreten.

Die Auslosung werde zweckmäßig so gestaltet, daß die Sitzungstage successiv bis zur Erledigung der Schöffenliste verlost und jedesmal die gezogenen Namenszettel aus der Urne entfernt würden, und dieses Verfahren solange wiederholt werde, bis sämtliche Sitzungstage untergebracht seien. Unzulässig sei der von Löwe-Hellweg verfochtene Modus, wonach alle Sitzungstage in einheitlicher Losung ausgelost und jedesmal die gezogenen Namenszettel in die Urne zurückgelegt werden sollten. — Eine dem Gesetz zuwider nicht öffentlich erfolgte Losung sei in toto nichtig. Werde der Fehler bemerkt, so müsse eine neue Losung öffentlich vorgenommen werden. Doch sei dies nur statthaft, wenn noch keine Sitzung begonnen habe. Sei letzteres der Fall, so könne nur durch Anberaumung außerordentlicher Sitzungen mit neu auszulosenden Schöffen Abhilfe geschaffen werden. Fehlen eines Namenzettels in der Urne mache die Auslosung nicht ungiltig; werde freilich der Fehler vor Beginn der Sitzungen bemerkt, so sei zu erneuter Auslosung zu schreiten. Fälschliche Aufnahme eines Namens mache nicht die Jahresliste im ganzen ungiltig; nur wäre das Einzelgericht, an dem der eingeschobene Schöffe Teil nähme, gesetzwidrig konstituiert; es müsse nachträgliche Streichung und Heranziehung eines Ersatzmannes erfolgen. Werde der Name eines Schöffen doppelt zur Auslosung gebracht, so sei die Auslosung nicht ungiltig; nur sei dem beschwerten Schöffen das Plus abzunehmen und ein Hilfsschöffe einzuberufen. Werde der Fehler vor Beginn der Sitzungen bemerkt, so sei das Auslosungsgeschäft zu wiederholen. Werde eine dringliche Auslosung zu einer außerordentlichen Sitzung erforderlich, so könne eine Auslosung aus der Zahl der am Gerichtssitze wohnhaften Hilfsschöffen („Gerichtshilfsschöffen") nach § 48 Abs. 2 G.V.G. nur dann Platz greifen, wenn solcher Gerichtshilfsschöffen mindestens 3 vorhanden seien, widrigenfalls die Auslosung aus der Hauptschöffenjahresliste zu erfolgen habe.

Zur Urkundlichmachung eines Tauschs zwischen 2 Schöffen genüge ein Aktenvermerk des Amtsrichtees. Nicht getauscht werden könne zwischen einem wegen Dringlichkeit zu einer außerordentlichen Sitzung einberufenen Hilfsschöffen und einem Hauptschöffen.

Bei Heranziehung von Hilfsschöffen sei streng die Reihenfolge einzuhalten; erst nach Erledigung der ganzen Liste könne der erste Hilfsschöffe wieder an die Reihe kommen. Der einzige Ausnahmefall sei der Dringlichkeitsfall nach § 48 Abs. 2 V.G.V. Sei ein solcher Fall gegeben gewesen, aber Vertagung eingetreten, so sei der neue Termin, wenn er auf einen ordentlichen Sitzungstag falle, mit den

ordentlichen Schöffen abzuhalten; bei außerordentlicher Sitzung erfolge Neuauslosung. Trete dann später ein neuer Eilfall ein, so sei der unter den Gerichtshilfsschöffen Nächstfolgende einzuberufen. Bei dem folgenden Normalfall finde kein Rückgriff auf die übergangenen Zwischenhilfsschöffen statt, sondern der Nachmann des zuletzt einberufenen Schöffen sei heranzuziehen. So bis zur Erledigung der ganzen Liste, worauf der Turnus von neuem anhebe.

Beschaffung der Ersatzmänner aus der Liste der Hilfsschöffen finde auch bei dauerndem Wegfall eines Schöffen statt (nicht Neuauslosung). Der einberufene Schöffe trete aber nicht (wie die herrschende Meinung lehrt), dauernd an die Stelle des dauernd behinderten Hauptschöffen, sei also nicht in die Hauptschöffenliste zu übernehmen. — Aus den Hilfsschöffen seien auch die Ergänzungsschöffen zu entnehmen.

Nicht vorschriftsmäßig besetzt sei ein Schöffengericht u. a. auch, wenn ein Schöffe nicht beeidigt sei.

Die Schöffendienstpflicht erstrecke sich auf alle auf die betreffende Sitzung angesetzten Sachen, auch wenn sie an dem Sitzungstage nicht mehr zur Verhandlung kämen. Erst mit dem Herankommen des nächsten (ordentlichen oder außerordentlichen) Sitzungstages ende diese Pflicht. Von dieser zeitlichen Grenze ab bedürfe es also neuer Schöffen. Werde eine Hauptverhandlung unterbrochen, aber spätestens am 4. Tage fortgeführt, so seien die Schöffen weiter zur Teilnahme verpflichtet, auch wenn ein neuer Sitzungstag zwischen Unterbrechung und Fortsetzung liege; desgleichen müßten die Schöffen in einem Publikationstermin erscheinen, auch wenn zwischen dem Schluß der Hauptverhandlung und dem Verkündungstermin andre Sitzungen in der Mitte lägen.

Schließlich konstatiert Ötker eine dreifache Bedeutung des Wortes „Schöffe". Das Wort bezeichne 1. alle in die Listen eingereihten Personen (mit Einschluß der Unfähigen usw.), 2. die zum Schöffendienst Einberufenen (auch wenn es zur Dienstleistung nicht komme), 3. die im Einzelfall tätig gewordenen Schöffen (auch wenn sie untätig gewesen seien). Für St.G.B. § 138 handle es sich um die zu 2. angegebene Bedeutung des Wortes.

In gleicher Weise untersucht Ötker sodann die entsprechenden Probleme für die Schwurgerichtsbildung. Auch hier können bei der Fülle der Einzelheiten nur einer und der andre seiner Sätze hervorgehoben werden. Hinsichtlich der Urliste wird bemerkt, daß Mangel ihrer Auslegung ein Urteil nie revisibel macht. Aufnahme eines Unfähigen in die Urliste mache das mit einer auf Grund dieser Urliste gebildeten Geschworenenbank zu stande gekommene Urteil nichtig, wenn, aber auch nur wenn der Unfähige als Geschworener mitgesessen habe. — Gehe der Vertrauensausschuß bei Aufstellung der Vorschlagsliste über die vorgeschriebene Zahl zu Präsentierender hinaus oder bleibe er dahinter zurück, so könne das Landgericht die Vorschlagsliste verwerfen behufs erneuter Einberufung des Vertrauensausschusses; sei

dies aber nicht geschehen, so sei eine spätere Bemängelung aus diesem Grunde ausgeschlossen. Fehle eine Vorschlagsliste, so habe Neuberufung des Ausschusses zu erfolgen, die aber präkludiert werde durch Sachverhandlungsbeginn mit einer aus den nicht vollzähligen Vorschlagslisten hervorgegangenen Geschworenenbank. Sei eine Heilung des Mangels in dieser Weise nicht erfolgt, so sei das Wahlverfahren nichtig, und auf die gefällten Urteile § 377[1] St.P.O. anwendbar. Beschlußunfähigkeit des Ausschusses stehe dem Fehlen seiner Vorschlagsliste gleich. Das Gleiche gelte, wenn eine oder die andre Teilurliste bei Aufstellung der Vorschlagsliste gefehlt habe. — Für das landgerichtliche Fünfmänner-Kollegium, das die Jahresliste der Geschworenen aufzustellen habe, sei eine Beteiligung des Präsidenten und der Direktoren nicht unbedingt erforderlich. Seine Sitzung sei zwar gesetzlich nicht öffentlich, die Staatsanwaltschaft daran nicht beteiligt; Zulassung der Öffentlichkeit, oder der Staatsanwaltschaft bewirke jedoch nicht Nichtigkeit. Würden versehentlich in die Jahresliste solche Personen aufgenommen, die gar nicht vorgeschlagen seien, so würde dadurch nicht die Jahresliste im ganzen ungültig (außer wenn es sich um eine erhebliche Zahl solcher Personen handle), wohl aber sei dann das einzelne Gericht, an dem ein so eingeschobener Geschworener Teil genommen hätte, gesetzwidrig konstituiert; dieser Geschworene müsse daher, und wäre es im letzten Moment, ausgeschieden werden (Analogie des § 279 St.P.O.). Der Wahlakt, durch den die Jahresliste hergestellt werde, sei einheitlich; seien zu wenig Geschworene gewählt worden, so sei daher spätere Zuwahl unstatthaft. — Für die Auslosung der Sessionsgeschworenen (Bildung der Spruchliste) verlange das Gesetz in dem Sinne Zuziehung der Staatsanwaltschaft, daß andernfalls die Staatsanwaltschaft Wiederholung der Auslosung fordern könne, solange noch nicht mit der Sachverhandlung im ersten Falle der Session begonnen sei. Nichtigkeit bewirke der Mangel dagegen nicht, insbesondere sei Analogie von § 377[5] St.P.O. abzulehnen. Wohl aber sei eine Auslosung ohne Gewährung der gesetzlich vorgeschriebenen Öffentlichkeit nichtig; es sei alsdann Wiederholung der Losung in öffentlicher Sitzung erforderlich, die aber nur bis zum Beginn der ersten Sachverhandlung der Session möglich sei. Unter den — nach dem Gesetz von der Auslosung auszuschließenden — Geschworenen, die in einer früheren Sitzungsperiode des Geschäftsjahrs ihre Pflicht erfüllt haben, seien diejenigen zu verstehen, die an einer Auslosung Teil genommen hätten (vorausgesetzt, daß sie nicht nachher sich pflichtwidrig verhalten hätten). Werde die Auslosung auf einen solchen Geschworenen, ohne daß er darauf angetragen habe, miterstreckt, so sei zwar der Auslosungsakt nicht um deswillen ungültig, aber der betreffende Geschworene weigerungsberechtigt. Würden mehr oder weniger als 30 Geschworene ausgelost, so sei die Auslosung nicht ungültig. Weil aber bei zu wenig Geschworenen möglicherweise Vereitelung der Verhandlung zu befürchten sei, so sei Wiederholung der Auslosung ratsam, die zulässig sei bis zum Beginn

der Sachverhandlung in der ersten Schwurgerichtssache. Eine Berichtigung der Jahresliste durch die mit dem Auslosungsgeschäft betrauten 3 Landgerichtsmitglieder sei unstatthaft, aber die Gültigkeit der daraufhin gebildeten Spruchliste sei dadurch nicht in Frage gestellt, dagegen könne das fünfgliedrige Landgericht (§ 89 G.V.G.) andauernd die Jahresliste durch Streichung und Wiederaufnahme von Namen berichtigen. — Hinsichtlich der auf der Spruchliste stehenden Geschworenen gelte der § 94 G.V.G. nur für Entscheidung über „Ablehnungs- und Hinderungsgründe"; nicht gehörten dazu die Unfähigkeitsgründe; für diese gelte nur St.P.O. § 297. Auch eine Ausscheidung solcher Geschworenen, die nach dem Gesetz nicht berufen werden „sollen", falle nicht hierher, außer wenn sie selbst auf den betreffenden Umstand eine Weigerung des Geschworenendienstes stützten; dagegen könne die Ausscheidung solcher Geschworener durch das fünfgliedrige Landgericht des § 89 G.V.G. auch noch im Laufe des Geschäftsjahrs erfolgen. Verzicht eines Geschworenen auf einen Ablehnungsgrund sei wirksam einerseits nicht etwa nur für die einzelne Sitzung, auf der andern Seite aber auch nicht für das ganze Geschäftsjahr, sondern vielmehr für die Sitzungsperiode. Die Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes bewirke im Falle der Genehmigung definitives Ausscheiden des Geschworenen (dies gegen die Auffassung des Reichsgerichts). Stelle sich nach Beginn der Eröffnungssitzung das Bedürfnis nach Gewinnung weiterer Geschworener heraus, so sei ausschließlich nach § 280 S. 2 St.P.O. zu verfahren; eine Gewinnung von Sessionsgeschworenen aus der Jahreshauptliste würde von diesem Zeitpunkte ab eine gesetzwidrige Ergänzung der Spruchliste sein. — Das Verbot der Doppelheranziehung einer Person zum Gerichtsdienst (Schöffen- und Geschworenendienst) in § 97 G.V.G. habe die Bedeutung einmal eines instruktionellen Ausschließungsgrundes („soll nicht"), sodann eines Weigerungsgrundes für den Geschworenen. Verzicht des Geschworenen auf Geltendmachung der Weigerung sei deshalb unwirksam. In Ansehung der bestrittenen Frage, ob auch erfolgte Heranziehung zum Dienst als Hilfsschöffe unter § 97 G.V.G. falle, tritt Ötker für die Bejahung ein. — Weiter wird von ihm betont, daß das Landgericht auch im Laufe des Geschäftsjahrs die Listen durch Streichung und gegebenenfalls Wiederaufnahme von Namen stets kurrent zu halten habe.

Die der Bankbildung in der Hauptverhandlung vorausgehende Verhandlung über etwaige Ausscheidung von Geschworenen gemäß § 279 St.P.O. sei selber bereits ein Teil der Hauptverhandlung; ein Revisionsgrund sei gegeben, wenn hierbei ein Geschworener zu Unrecht ausgeschieden worden sei oder ein absolut oder relativ unfähiger Geschworener nicht ausgeschieden worden sei, vorausgesetzt, daß er alsdann mit ausgelost worden sei und am Entscheide mitgewirkt habe. Revisionsgrund sei auch die Erstreckung des Auslosungsgeschäfts auf einen Geschworenen, der nicht auf der Spruchliste gestanden habe, dies auch dann, wenn der Losfall oder eine Ablehnung diesen Eingeschobe-

nen wieder ausgeschieden hätten. Nicht revisibel seien (anders als beim Schöffengericht) die Entscheidungen über Weigerungsgründe. Die Parteien müßten zufrieden sein, wenn die Jury aus 24 fähigen Geschworenen gebildet worden sei; versehentliche Unterlassung der Ladung weiterer Geschworener begründe die Revision nicht. Umgekehrt sei aber auch der Umstand kein Revisionsgrund, daß über 24 hinaus ein unfähiger Geschworener mit zur Auslosung verstellt worden sei, vorausgesetzt, daß dieser nicht Urteilsgeschworener geworden sei. Würde der Unfähige freilich auf die Geschworenenbank gelangt sein, so müsse die Verhandlung abgebrochen und zur Neubildung der Bank geschritten werden. — Die nach § 280 St.P.O. erfolgende Ergänzung der Zahl der zur Auslosung zu verstellenden Geschworenen auf 30 aus der Liste der Hilfsgeschworenen sieht Ötker nicht für ein reines Justizverwaltungsgeschäft an, sondern für einen Teil der Hauptverhandlung; er folgert hieraus, daß Streichung Unfähiger aus der Hilfsgeschworenenliste hier unzulässig sei, und daß bei dieser Ergänzung vorfallende Prozedurfehler nicht nach Maßgabe der Fehler bei Bildung der Spruchliste, sondern wie die Fehler bei der Bankbildung zu behandeln seien[14]). Würde unter Verletzung des § 280 die Ergänzungslosung aus der Liste der Hauptgeschworenen vorgenommen, so sei Revision gemäß § 377[1] St.P.O. unbedingt gegeben, gleichviel ob ein solch unzulässiger Geschworener mitgesessen habe oder nicht. — Der Rücktritt überzähliger Geschworener habe Wirkung für die ganze Sitzungsperiode, nicht bloß für die einzelne Sache. Würden versehentlich mehr als 30 Geschworene zur Auslosung gestellt, so sei zwar Aufsichtsbeschwerde zulässig, nicht aber ein Revisionsgrund gegeben, da die Parteien hierdurch bessergestellt seien. — Bei der Bildung der Geschworenenbank sei die Doppelnatur der Auslosung zu unterscheiden: einmal ihre Funktion behufs Personalbestimmung, sodann ihre Funktion behufs Feststellung der Reihenfolge für Sitz und Stimmabgabe. Wegen dieser letzteren Funktion sei die Auslosung erst dann beendigt, wenn entweder 12 Geschworene angenommen seien, oder aber zwar erst 11 angenommen seien, aber nur noch 1 Zettel in der Urne sei — nicht schon dann, wenn nach Ablehnung aller bisher Gezogenen noch 12 Namen in der Urne seien. Die Auslosung sei ein einheitlicher

---

[14]) Dieser Auffassung mit den daraus gezogenen Folgerungen wird sich nicht beipflichten lassen. Gegen sie spricht einmal die ausdrückliche Anordnung „öffentlicher Sitzung" in § 280, die überflüssig wäre, wenn der ganze Vorgang ein Teil der Hauptverhandlung wäre. Sodann wirkt die Ergänzungslosung für die ganze Sitzungsperiode, kann also nicht gut Stück einer einzelnen Hauptverhandlung sein. Vor allem aber besteht ja, wie Ötker selbst konstatiert, auch die Möglichkeit, schon vor der Hauptverhandlung von § 280 Gebrauch zu machen (vorausgesetzt nur, daß § 24 G.V.G. nicht mehr anwendbar ist, d. h. daß schon der Zusammentritt des Schwurgerichts erfolgt ist), falls sich nämlich schon vor der Hauptverhandlung herausstellt, daß 24 fähige Geschworene nicht zur Stelle sein werden; ist nun — wie sicher ist — solche vor der Hauptverhandlung stattfindende Ergänzungslosung kein Teil einer Hauptverhandlung, so kann es auch die zufällig in die Hauptverhandlung eingeschobene Ergänzungslosung nicht sein.

Akt. Ergäben sich während des Losungsgeschäfts Verschiebungen durch Wegfall eines Geschworenen, so könnten diese noch mit berücksichtigt werden, falls der Wegfall die Zahl 24 nicht vermindere und die Ablehnungsrechte der Parteien in ihrem gesetzlichen Verhältnis zueinander nicht beeinträchtigt würden; andernfalls müsse zu neuer Totalauslosung geschritten werden. — Bei den Ablehnungserklärungen der Parteien wirke die Angabe eines Ablehnungsgrundes derart vernichtend, daß solche motivierte Ablehnung als Annahme zu gelten habe. — Stelle sich während oder nach der Losung eine Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen heraus, so sei die Verhandlung einzustellen, die schon gebildete Bank aufzulösen und eine Neubildung vorzunehmen; bei dieser gelte aber wiederum nur die Zahl 24 als Minimalzahl, nicht erforderlich sei Anwesenheit aller der Geschworenen, die das erste Mal anwesend waren. Als ungültig habe die Bank (anders als bei den Schöffengerichten) dann zu gelten, wenn nicht alle anwesenden Dienstpflichtigen, nicht dispensierten, nicht ausgeschiedenen Geschworenen der Losung unterworfen worden seien, oder wenn die Zahl 24 unterschritten worden sei. — Bei Zuziehung von Ergänzungsgeschworenen sei ein Substitutionsfall dann nicht gegeben (dies entgegen der Auffassung des Reichsgerichts), wenn sich ein Primärgeschworener als kraft Gesetzes ausgeschlossen herausstelle. — Die Verhandlung über die Übernahme einer Geschworenenbank auf eine spätere Hauptverhandlung gemäß § 286 St.P.O. (eine „prorogatio judicis“ im Gegensatz zur prorogatio fori) sei kein Teil dieser spätern Hauptverhandlung; deshalb sei nicht erforderlich Gegenwart des spätern Gerichtshofs, des Angeklagten und seines Verteidigers bei der Auslosung; der Verteidiger müsse aber bei der Einverständniserklärung des Angeklagten (dagegen nicht bei der Eidesleistung der Geschworenen) zugegen sein[15]). — Die Dienstpflicht der Geschworenen endige nicht schon mit Erreichung des für die Session in Aussicht genommenen Endtermins, sondern erst mit dem wirklichen Sessionsschluß, der möglicherweise direkt an den Anfang der nächsten Sitzungsperiode heranreiche. Bis zu diesem Zeitpunkt könnten die Geschworenen nach Entlassung wieder einberufen werden, wenn sich ergebe, daß ein Punkt vergessen worden sei. Mit Beginn der neuen Sitzungsperiode dagegen sei eine Fortsetzung der Verhandlung unmöglich geworden, es mache sich alsdann eine Aussetzung der Hauptverhandlung und vollständig neue Hauptverhandlung nötig.

11a. Samter befürwortet im Gerichtssaal[16]) de lege ferenda die Besetzung der Strafkammern mit 3, nicht 5 Richtern; die

---

[15]) Die Notwendigkeit der Assistenz des Verteidigers bei der Einverständniserklärung des Angeklagten leitet Ötker daraus her, daß diese Erklärung ein Verzicht auf Neubildung der Bank sei. Allein dieses Argument beweist nichts. Die Notwendigkeit der Assistenz des Verteidigers bezieht sich ja eben nur auf die Hauptverhandlung selber. Ist also der in Rede stehende Vorgang kein Teil der Hauptverhandlung, wie Ötker selber zutreffend betont, so entfällt die Notwendigkeit der Anwesenheit des Verteidigers.

[16]) Bd. LXIII S. 156.

dafür geltend gemachten Argumente erscheinen dem Berichterstatter durchaus zutreffend.

11b. Gegen die Schwurgerichte spricht sich Unger in Hirths Annalen des Deutschen Reichs[17]) mit Entschiedenheit aus. Der Geschworenendienst bedeute eine schwere Störung der Berufstätigkeit der Geschworenen und werde auch allgemein so empfunden; das zeige sich deutlich in dem Bestreben Unzähliger, vom Geschworenendienst loszukommen, und wäre es, wenn alle andern Stränge rissen, auch nur durch selbsterbetene Ablehnung. Das Schwurgericht habe so jede Volkstümlichkeit verloren; wer einmal Geschworener gewesen sei, verzichte zum zweiten Male gern auf diese Ehre. Ein ausschließlich aus Laien zusammengesetztes Spruchgericht sei der ihm zugemuteten Aufgabe nicht gewachsen; die Rechtsbelehrung vermöge dieses Manko nicht zu beseitigen, da sie oft nicht verstanden werde. Selbst bei den einfachsten Sachen entständen oft juristische Schwierigkeiten, wie der Verfasser an etlichen Beispielen beleuchtet. Die Schwurgerichte seien endlich schuld an der Zunahme der Meineide, weil sie äußerst selten in Meineidsprozessen schuldig sprächen. An Stelle der Schwurgerichte sollten rein berufsrichterliche Gerichte treten. Referent kann alledem nur völlig beipflichten.

11c. Ein Spiegelbild der heutigen Lage der Rechtsanwaltschaft speziell in Österreich gibt Benedikt in seinem Buche „Die Advokatur unsrer Zeit“[18]). Seine lesenswerten Ausführungen verdichten sich zum Teil zu Gesetzesreformvorschlägen. Die berufliche Aufgabe des Advokaten charakterisiert er dahin, daß der Advokat sich als Diener am Recht fühlen müsse, was er (sehr anfechtbar!) dahin aufgefaßt wissen will, daß er die Gerechtigkeit als über dem positiven Recht stehend als Leitstern ansehen und die Anwendung ungerechten geltenden Rechts zu verhindern bemüht sein solle. Der neuerdings akut gewordenen Frage, ob ein Advokat trotz privaten Wissens von der Schuld des Angeklagten auf Freisprechung plädieren könne, will er dadurch ausweichen, daß er dem Advokaten den Rat gibt, sich von der Verteidigung zurückzuziehen. Richteramt und Advokatur müßten streng getrennt gehalten werden; dagegen sei gegen die Verbindung von Advokatur und Professur nichts einzuwenden. Die Vereinigung des anwaltlichen Berufs mit privaten Erwerbstätigkeiten sei gefahrvoll, gleichwohl aber nicht durch ein allgemeines Verbot auszuschließen. Die Advokaturvorbereitungszeit (Konzipientenzeit) sei nutzbringender zu gestalten, insbesondere durch Eröffnung größerer Lernmöglichkeit. Großes Gewicht sei darauf zu legen, daß der Advokat Anvertrautes streng geheim halte; aber eine künftige Gesetzgebung werde für gewisse Tatsachen (erlittene Strafen eines Klienten usw.) eine relative Offenbarung einführen müssen. Eine Amtstracht für Advokaten sei nicht am Platze.

---

[17]) XXXVI (1903), S. 535.
[18]) Wien, Manz, 1903.

Die freie Advokatur sei ein Segen; aber zu fordern sei, daß sie befreit werde von den Mängeln einer enormen Überfüllung des Standes und ihrer Begleiterscheinung: dem Sinken des Ansehens des Standes. Von den mannigfach geltenden Reformvorschlägen sei der Vorschlag, die Anwaltschaft nach französisch-englischem Vorbild (Avocats—avoués, barristers—solicitors) in eine höhere und eine niedere zu teilen, zu verwerfen. Diese Teilung sei ein unerreichbares, unseren (den österreichischen) Zuständen widerstrebendes Ideal. Ebensowenig sei die Gestaltung der Advokatur zum freien Gewerbe unter Aufhebung der Korporationsverfassung, insbesondere des Disziplinarrats, zu befürworten. Die Einführung eines Gebührentarifs möge für untergeordnete Arbeiten angezeigt sein, die Vergütung für die eigentliche geistige Arbeit müsse aber dem freien Ermessen der Parteien überlassen sein; streng zu verpönen sei nur, daß der Advokat durch Zusage einer quota litis zum Mitinteressierten gemacht werde. Für die Beschränkung der Zahl der Advokaten auf einen numerus clausus könnten durchschlagende Gründe nicht angeführt werden. Wohl aber sei zu helfen durch Eindämmung des Zudrangs zum juristischen Studium, nicht im Wege einer Verschärfung der Prüfungen, auch nicht durch Erfordern einer Kaution von den Aspiranten, wohl aber durch systematische Warnung vor dem Studium auf den Gymnasien, auch müsse von Gewährung genossenschaftlicher Darlehne behufs Errichtung der Kanzlei abgesehen werden. Wichtig sei ferner eine Erweiterung des Wirkungskreises des Advokaten: das Publikum müsse sich, um dem Anwalt mehr Gelegenheit zu prophylaktischer Tätigkeit zu geben, mehr daran gewöhnen, den Advokaten bei Abfassung von Verträgen und Testamenten, bei Aktienzeichnung u. dgl. als Berater zuzuziehen; es müsse die Möglichkeit zur Parteienvertretung in Verwaltungssachen erweitert, in Strafsachen der Parteiprozeß besser durchgeführt werden, namentlich durch Einführung der Parteiöffentlichkeit in der Voruntersuchung; im Militärstrafprozeß müßten alle Advokaten zur Verteidigung zugelassen werden; nicht aber solle das Notariat Anwälten übertragen werden. Von Nöten sei sodann ein gutes Disziplinarrecht, das sich zwar von barbarischer Strenge fernhalte, aber unangebrachte Nachsicht vermeide; es müsse ein materielles Disziplinarrecht geschaffen werden in Bezug auf Reklamen, schmutzige Parteienwerbung, Übergehung des gegnerischen Anwalts durch direkte Verhandlung mit der Gegenpartei usw.; die Disziplinarerkenntnisse müßten konstant veröffentlicht werden, doch behufs Vermeidung der Bloßstellung des Disziplinarangeklagten erst nach Ablauf bestimmter Zeit, etwa erst nach 10 Jahren. Aufzuheben seien alle Bedrückungen der Advokatur: Nichtzulassung von Terminverlegung oder Wiedereinsetzung bei persönlicher Verhinderung des Advokaten; Nichtzulassung von Rechtsausführungen, Haftung für die Gebühren der Zeugen und der Sachverständigen; endlich auch der zu hohe Erwerbssteuersatz.

Der Einführung der Kunde der Gaunersprache, des Photographierens und Gipsformens, der Kriminal-Biologie und -Pathologie

Digitized by Google

in den akademischen Unterricht bringt Benedikt keine Sympathieen entgegen. Die Erstreckung des akademischen Unterrichts auf diese Dinge würde nur bewirken, daß man sich gegenseitig nicht mehr verstehen werde, sondern vor lauter Einzelkenntnissen kurzsichtig geworden sei. Ebenso wendet sich der Verf. gegen Stölzels „Prozeßkliniken"; die Universität dürfe nur in die Welt der Begriffswissenschaften einführen, nicht zu Abfassung von Urteilen und Schriftsätzen, zu Scheinplaidoyers u. dgl. anleiten. Erwünscht sei dagegen ein Institut wie die École des sciences politiques, das auf 1 Jahr lang nach Abschluß des Studiums zu besuchen sei und als Lehrgegenstände die moderne politische und diplomatische Geschichte, Handelsgeographie und Zollpolitik, Münz-, Geld- und Bankwesen, besonders Eisenbahn-, Bank- und Versicherungsrecht umfasse.

12. Den ambulanten Gerichtsstand der Presse hat Kitzinger vor der Novelle vom 13. Juni 1902 in einer auf Laien berechneten Darstellung einer kritischen Würdigung unterzogen.[19]) Die Auslegung des § 7 St.P.O. im Sinne des ambulanten Gerichtsstandes sei mit den Bedürfnissen des Rechtslebens unverträglich. Sie begründe, was ein augenfälliger Mißstand sei, für Preßdelikte einen Gerichtsstand bei einer schlechterdings unzulässigen Vielheit von Gerichten. Sie ermögliche eine tendenziöse Auswahl unter den mehreren Gerichten, benachteilige die Presse, gefährde das freie Wort und den Mut, der sich zum freien Worte bekenne, und benachteilige den Angeklagten durch die mit ihr verbundene Möglichkeit, daß die Verhandlung an einem von seinem Wohnsitz und seinem Tätigkeitsort weit entfernten Orte stattfinde. An die somit gebotene Reformgesetzgebung sei die Anforderung zu stellen, daß sie nur mit klaren, unzweideutigen Begriffen operiere.

Die vom Deutschen Juristentage von 1899 vorgeschlagene Gesetzesbestimmung[20]) werde den zu stellenden Anforderungen in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Zunächst sei der Begriff des „Erscheinens" der Druckschrift viel zu unklar und bestritten; auch gelange man dabei doch wieder zum ambulanten Gerichtsstand. Der Gesetzesvorschlag setze sich auch viel zu enge Grenzen; er beschränke sich zu Unrecht auf die öffentliche Klage und auf die im Inland erschienenen Schriften; und wenn er den Fall der „weiteren selbständigen Verbreitung" ausschließe, so führe er direkt wieder in Unklarheiten hinein, denn nicht allein was „Verbreitung" sei, sei unklar, sondern auch was eine

[19]) Der ambulante Gerichtsstand der Presse und die diesbezüglichen Aufgaben des Gesetzgebers. München, Beck, 1901. (Auszug aus der größeren Schrift desselben Verfassers „Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht", München, Beck, 1902.)

[20]) Dieser Gesetzesvorschlag lautet: „Begründet der Inhalt einer im Inland erschienenen Druckschrift den Tatbestand einer strafbaren Handlung, so ist für deren Verfolgung im Wege der öffentlichen Strafklage dasjenige Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Druckschrift erschienen ist. Dies gilt nicht, sofern es sich um eine weitere selbständige Verbreitung der Druckschrift handelt."

„weitere selbständige" Verbreitung sei. Unbefriedigend sei der Vorschlag auch insofern, als er den Gerichtsstand des Ortes des Erscheinens zum ausschließlichen machen, also das forum domicilii und die Surrogatgerichtsstände für Preßdelikte beseitigen wolle; dadurch würde die schwurgerichtliche Kompetenz für Preßdelikte vielfach illusorisch gemacht, und für zahlreiche Fälle, besonders für den Fall, daß der Ort des Erscheinens geheim gehalten werde, entfalle jede Möglichkeit der Aburteilung. Gegen den Erscheinungsort als den für die Zuständigkeit maßgebenden Ort spreche die Schwierigkeit einer Abgrenzung von „Erscheinen" und „Verbreitungstätigkeit", spreche weiter der Umstand, daß die Verbreitungstätigkeit die eigentliche Verbrechenstätigkeit beim Preßdelikt sei usw.

Demgegenüber fordert der Verf., daß die Gesetzesreform über die Preßdelikte hinausgreifend ganz allgemein den Ort der Tat bestimme, und zwar nicht allein für das Strafprozeßrecht, sondern ebenmäßig für das materielle Strafrecht; durchaus gleichmäßig sei auch die Frage nach der Begehungszeit zu regeln. Für die Frage, wo und wann eine Tat begangen sei, lasse sich nun eine absolut richtige Lösung nicht finden; streng genommen könne, wenigstens für Erfolgsdelikte, überhaupt kein Ort und keine Zeit angegeben werden; die Anschauungsweise des täglichen Lebens sei unsicher. Aber die relativ bestbeweisenden Gründe habe die Ansicht für sich, die Ort und Zeit der persönlichen Tätigkeit als maßgebend ansehe. Dieser Auffassung neige die natürliche Auffassung zu. Weiter falle der Umstand ins Gewicht, daß das einzig unentbehrliche Merkmal am Delikt eben die Tätigkeit sei; auch liege die Auflehnung gegen die Norm in der Ausführungstätigkeit, es gelange in ihr die Schuld zum greifbaren Ausdruck. Sodann stütze das positive Recht (§§ 51, 55, 56, 57 St.G.B.) diese Auffassung. Sie habe endlich systematische und praktische Vorzüge: der Ort der Tätigkeit sei ein klarer und unzweideutiger, mehr tatsächlicher als juristischer Begriff, der neuen juristischen Streitfragen keinen Spielraum gebe. Folglich könne die Frage nur die sein, ob neben der Ausführungstätigkeit etwa noch andre Merkmale herangezogen werden sollten; und diese Frage bejahen, heiße nur Unklarheiten schaffen. Ziehe sich die Ausführungstätigkeit über mehrere Orte und Zeitpunkte hin, so müsse jeder der Orte und Zeitpunkte als Tatort angesehen werden. Bei Beteiligung mehrerer sei der Tatort für jeden da gegeben, wo er gehandelt habe. Im weiteren zeigt dann der Verf., daß der Tätigkeitsort als Tatort und die Tätigkeitszeit als Tatzeit speziell für die Frage nach dem Gerichtsstand, nach dem anzuwendenden Strafgesetz (St.G.B. § 2), sowie nach der Verjährung (§ 67 St.G.B.) durchaus sachgemäß seien. Anders allerdings für das internationale Strafrecht (St.G.B. § 3), aber der Fehler liege dort nicht am Begriff des Tatortes, sondern am Territorialitätsprinzip. — Bei Unterlassungsdelikten entscheide Ort und Zeit der gebotenen Handlung, es komme auf den letzten Zeitpunkt möglicher rechtzeitiger Pflichterfüllung an.

Demnach schlägt der Verf. vor, in das St.G.B. als dessen § 3a folgende Bestimmung einzufügen:

„Als Ort der Begehung gilt für jeden an einer strafbaren Handlung Beteiligten jeder Ort, an welchem er in Ausführung dieser strafbaren Handlung persönlich tätig war.

Wird die strafbare Handlung durch Unterlassung begangen, so gilt als Ort der Begehung derjenige, an welchem der Unterlassende seine Tätigkeit spätestens hätte beginnen müssen, um dem Gesetze zu genügen. Ist die Verpflichtung zur Tätigkeit eine andauernde, so gilt die Handlung überall dort als begangen, woselbst ein erneuter Anfang der Tätigkeit geboten war.

Die gleichen Regeln gelten bezüglich der Bestimmung der Behungszeit."

St.P.O. werde dann durch einen Hinweis auf diesen § 3a zu ergänzen sein; St.G.B. § 67 Abs. 4 sei als überflüssig zu streichen. Daß die Novelle vom 13. Juni 1902 demgegenüber ihre eigenen Wege gegangen ist, ist bekannt.

13. Die internationale Rechtshilfe stellt Grosch dar in seinem Buche: Das deutsche Auslieferungsrecht und die Rechtshilfe in Strafsachen im Verhältnis zum Reichsausland[21]). Den größeren Teil des Buches (S. 91—462) füllen die Auslieferungsverträge des Reichs und der Bundesstaaten nebst dazugehörigen Gesetzen, Verordnungen, Verfügungen und eine badische Bekanntmachung vom 15. Februar 1888, die im Auslande zu erledigenden Ersuchschreiben der Justizbehörden betreffend. Beigegeben sind Anmerkungen des Verfassers. Diesem Teil des Buches geht ein Abriß des Rechts der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen voraus (S. 1—90): I. Das materielle Auslieferungsrecht. II. Das Auslieferungsverfahren (Auslieferung nach Deutschland und Auslieferung aus Deutschland). III. Die Rechtshilfe in Strafsachen (die Überschrift wäre präziser dahin zu fassen: andre Rechtshilfeakte — ist doch die Auslieferung ebenfalls Rechtshilfeleistung!). Strafprozessualisch kommen besonders die Seiten 60—65 in Betracht, die die Wirkungen einer erfolgten Auslieferung auf das Verfahren darstellen. Das Werk ist für die Praxis geschrieben und wird seinem Zwecke durchaus gerecht.

III. Lehre von den Parteien.

14. Über Anwaltszwang im deutschen Strafprozeß spricht A. Friedländer im Gerichtssaal[22]). Er unterscheidet unbedingten Anwaltszwang (die Handlung kann nur bei Zuziehung eines Rechtsanwalts erfolgen) und bedingten Anwaltszwang (das Gesetz stellt mehrere Vornahmemöglichkeiten zur Wahl, deren eine die Zuziehung eines Rechtsanwalts erheischt), und zwar handle es sich entweder um Unterzeichnung von Schriftsätzen oder um Ausübung der Akteneinsicht

[21]) Karlsruhe, Macklot, 1902.
[22]) Bd. LX S. 401.

oder um volle Vertretung. Immer sei dabei jeder deutsche Rechtsanwalt zuziehbar, mit Ausnahme der reichsgerichtlichen Rechtsanwälte, die wegen § 100 R.A.O. nur vor dem Reichsgericht auftreten dürften; unter „Auftreten vor einem Gericht" sei insbesondere auch — entgegen der Auffassung des Reichsgerichts — das Unterzeichnen eines an das Gericht gerichteten Schriftsatzes zu verstehen. Bei der Unterzeichnung denke das Gesetz immer an ein Übernehmen der Verantwortung für den Inhalt; diese Verantwortungsübernahme müsse aber angenommen werden, so lange nicht Anhaltspunkte für das Gegenteil vorlägen; werde freilich ersichtlich, daß nur einer Form habe genügt werden sollen, habe der Anwalt z. B. nur „zur Beglaubigung" unterschrieben, so sei der Schriftsatz nicht wirksam. Auf der andern Seite sei erforderlich, daß die Unterzeichnung mit Wissen und Willen des zu der Handlung Berufenen geschehen sei.

Unbedingter Anwaltszwang gelte 1. für den Privatkläger in Ansehung der Revisions- und Wiederaufnahmeanträge, sowie für Akteneinsicht. Gleichzustellen seien der Nebenkläger, der Widerkläger (aber nur in seiner Eigenschaft als solcher, nicht als Angeklagter), sowie derjenige, der als Urheber eines Klageprüfungsverfahrens in die Kosten verurteilt worden sei. Dem Armen werde im Wege des Armenrechts durch Zuordnung eines Armenanwalts geholfen, aber auch § 33 R.A.O. finde hier Anwendung, wonach demjenigen, dem es nicht gelungen ist, einen bereiten Anwalt zu finden, ein solcher beizuordnen ist. 2. Unbedingter Anwaltszwang gelte ferner für den Antrag auf ein Klageprüfungsverfahren; hier greife § 33 R.A.O., nicht aber Armenrecht Platz.

Unter den bedingten Anwaltszwang fielen 1. die Revisions- und Wiederaufnahmeanträge des Angeklagten. Gleichzustellen seien dem letzteren: der für subsidiär haftbar Erklärte; die Angehörigen im Abfenzverfahren, sowie ex § 340 St.P.O.; die Wiederaufnahme betreibenden Hinterbliebenen; die Einziehungsinteressenten; der wegen Zurücknahme des Strafantrags in die Kosten verurteilte Strafantragsteller. Diesen Personen komme weder Armenrecht noch Recht auf Zuordnung eines Anwalts nach § 33 R.A.O. zu. Hilfe sei jedoch in den Fällen nötig, wenn der zu der Handlung Berufene auf freiem Fuße sei, keinen Verteidiger habe und derart entfernt vom Sitze des Gerichts wohne, daß er zu einer Reise außer stande sei; hier könne nur durch Bestellung eines Verteidigers nach St.P.O. § 141 geholfen werden. 2. Bedingter Anwaltszwang gelte ferner für die Steuer- und Zoll-Verwaltungsbehörden bei Verwaltungsstrafklage und Nebenklage. Beiordnung eines Rechtsanwalts sei hier stets ausgeschlossen.

Der geltende Rechtszustand sei unbefriedigend, besonders wegen seiner Prinzipienlosigkeit, auch weil weder dem Angeklagten, noch dem, der ein Klageprüfungsverfahren herbeiführen wolle, das Armenrecht gewährt sei. Bemerkenswert sei auch, daß die M.St.G.O. keinerlei Anwaltszwang kenne.

(Schluß folgt.)

17.

Bibliographiſche Notizen.

Berichterſtatter: Dr. Herm. Schmidt, Göttingen.

Ceſare Lombroſo, Delitti vecchi e delitti nuovi. Torino 1902, Fratelli Bocca. 8°. XII und 335 S. 7 Lire.

Mit vorliegendem Bande will Lombroſo, wie er in dem Vorworte ſagt, eine Sammlung oder vielmehr Nachleſe der bisweilen wertvollen, bisweilen lediglich ein Kurioſum darſtellenden Stoppeln geben, welche ſich ihm während ſeiner langjährigen Arbeiten auf dem Felde der Anthropologie und Kriminalpſychiatrie darboten. — Ein erſter Teil behandelt die moderne und ältere Kriminalität nach der amerikaniſchen und auſtraliſchen Statiſtik. Wenn die Kriminalſtatiſtik in den Vereinigten Staaten eine außerordentliche Steigerung der Delikte des Mordes beziehungsweiſe Totſchlags zeigt, während ſie in allen übrigen ziviliſierten Ländern ſtetig abnimmt, ſo hängt dieſe Erſcheinung zum Teil damit zuſammen, daß in Amerika zahlreiche Delikte zum Mord oder Totſchlag gerechnet werden, die nach europäiſcher Auffaſſung anders klaſſifiziert werden, ſo alle Delikte mit tötlichem Ausgang, auch ohne daß der Vorſatz auf Herbeiführung des Erfolges gerichtet war, ferner Zweikampf, ja ſogar fahrläſſige Tötung. Beſonders beachtenswert erſcheint Lombroſo die Kriminalſtatiſtik Auſtraliens. Indeſſen geht er wohl hierin viel zu weit, insbeſondere wenn er von Auſtralien ſagt „la quale ci dà l'immagine di ciò che sarà l'Europa fra qualche secolo". Schon allein mit Rückſicht auf die ſtändig fortſchreitende Kultur werden die geſamten Lebensbedingungen in Europa in einigen Jahrhunderten weſentlich andre ſein, als ſie es heute in Auſtralien ſind. Dieſe veränderten Lebensbedingungen werden neue, heute nicht vorherzuſehende Arten und Ausführungen des Verbrechens zeitigen, ebenſo wie neue Arten der Bekämpfung des Verbrechens.

Der den Hauptinhalt des Buches bildende zweite und dritte Teil befaßt ſich mit der Darſtellung älterer und moderner Verbrechertypen. Beſonderes Intereſſe nehmen hiervon in Anſpruch die Mitteilungen, die über den Brigantenanführer Gasparone, über den Frauenmörder Vacher, über den Betrüger und Fälſcher Dr. Holmes (den Lombroſo als il più grande e anche il più moderno delinquente del secolo bezeichnet), über die Königsmörder Lucheni und Bresci und über den berüchtigten, im vergangenen Jahre eingefangenen Briganten Muſolino gemacht werden. — Im letzten, dem vierten Teile, ſtellt

Lombroso eine Reihe spezifisch moderner, durch die neuen Errungenschaften insbesondere auf dem Gebiete der Wissenschaft und Technik bedingter Verbrechen dar, unter eingehender Berücksichtigung der Bedeutung der Fahrradindustrie für Ausübung wie Bekämpfung von Delikten. Hieran schließt er im letzten Kapitel Betrachtungen über il delinquente ed il pazzo nel dramma e nel romanzo moderno an.

Stelling, Staatsanwaltschaftsrat, Königl. preuß. Staatsanwalt beim Landgericht in Hildesheim, Praktische Strafanzeigen (Strafrechtsfälle). Hannover, Helwingsche Verlagsbuchhandlung, 1902. XI u. 244 S. Kart. 3 Mark.

Die unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches bearbeiteten 306 Fälle sind aus der Praxis der Staatsanwaltschaft gesammelt und sind, ursprünglich den dem Verfasser zur Ausbildung im Vorbereitungsdienst zugewiesenen Referendaren gewidmet, für den akademischen Unterricht sowie für Referendare der Justiz und Verwaltung bestimmt. Zweifellos eignen sie sich für die praktische Ausbildung mehr wie für den akademischen Gebrauch, auch schon durch die Hinzufügung der Gesetzesparagraphen, die allerdings die Fälle auch für das Selbststudium nutzbar macht. Die jedem Fall hinzugefügte Angabe der etwa in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften, Verordnungen usw. ermöglicht es dem Bearbeiter, den Inhalt der Strafanzeigen nach allen denkbaren strafrechtlichen Richtungen hin zu prüfen. Der Inhalt der Strafanzeigen, bei denen von einer systematischen Ordnung abgesehen ist, knüpft hauptsächlich an die Vorkommnisse des alltäglichen Lebens an. Die Fälle sind zum größten Teil geschickt ausgewählt und führen in fast alle Gebiete des Strafrechts ein, wobei indessen das Jagdrecht, das Lieblingsgebiet des Verfassers, zu stark berücksichtigt worden ist, insbesondere hinsichtlich der zahlreichen partikularrechtlichen Bestimmungen, deren detaillierte Kenntnis doch erst durch eine langjährige strafgerichtliche Praxis vermittelt werden kann. — Ein „Anhang" enthält einige Beispiele für öffentliche Anklagen.

Es ist sehr zu wünschen, daß die Sammlung dazu beiträgt, einen Umschwung in der nach der strafrechtlichen Seite hin zum Teil noch recht vernachlässigten Ausbildung der Referendare herbeizuführen, indem bei allen Staatsanwaltschaften, an denen Referendare beschäftigt sind, unter sachkundiger Leitung praktische Fälle erschöpfend bearbeitet und eingehend besprochen würden. Der Wert derartiger Übungen oder Besprechungen ist ganz bedeutend, da sie am besten zeigen, wie ein Fall anzufassen ist und welche Fehler bei der Bearbeitung zu vermeiden sind.

Dr. iur. **Hans Paalzow**, Oberbibliothekar an der Königl. Bibliothek in Berlin, Zur Polenfrage. Der Gebrauch der polnischen Sprache in politischen Versammlungen. Die polnischen Postadressen. Zwei Rechtsgutachten. Berlin 1902. O. Liebmann. 8°. 84 S. Geh. 1,60 Mark.

In dem ersten seiner mit Rücksicht auf die Agitation der Polen ein hohes aktuelles Interesse bietenden Rechtsgutachten, welches in rein sachlicher und wissenschaftlicher, von politischer Parteistellung unbeeinflußter Erörterung die

Frage behandelt, ob eine Versammlung um deswillen aufgelöst werden kann, weil sie in einer dem überwachenden Polizeibeamten unverständlichen fremden Sprache abgehalten wird, kommt der Verfasser, von einer geschichtlichen Darstellung ausgehend, auf Grund des geltenden Versammlungsrechtes zu dem Resultate, daß in öffentlichen Versammlungen an sich eine beliebige Sprache gebraucht werden kann, eine Ansicht, deren Richtigkeit sich daraus ergibt, daß das verfassungsmäßig gewährleistete Versammlungsrecht nur bei Vorhandensein besonderer gesetzlicher Bestimmungen beschränkt ist. Da der Gebrauch einer fremden Sprache bei Ausübung des Versammlungsrechtes von keinem Gesetz verboten ist, ist er gestattet. Paalzow kommt weiter zu dem Ergebnis, daß der ausgesprochene Grundsatz auch durch das staatliche Überwachungsrecht keine Änderungen erfährt. Die Befugnisse der überwachenden Polizei sind im Gesetze erschöpfend geregelt. Daher darf die Polizei den Gebrauch einer fremden Sprache nicht um deswillen untersagen, weil die Sprache dem überwachenden Beamten unbekannt ist; denn ein derartiges Recht wird ihr nicht ausdrücklich zugestanden. Hiernach genügt, da die Polizeibehörde nicht stets in der Lage ist, zur Überwachung einer öffentlichen, in fremder Sprache abgehaltenen Versammlung eine der Sprache kundige Person zu entsenden, das jetzige Recht nicht zur wirksamen Überwachung der polnischen Versammlungen. Es ist, um diesen unbefriedigenden und mangelhaften Rechtszustand zu beseitigen, lediglich die Möglichkeit gegeben, im Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Versammlungsrechtes in sprachlicher Beziehung zu beschränken. Eine solche Beschränkung ist mit Paalzow im Interesse der deutschen Sprache und der deutschen Nationalität nur zu befürworten.

Das zweite Gutachten beschäftigt sich mit der Verpflichtung der Post zur Beförderung von mit polnischen Adressen versehenen Poststücken. Im Gegensatz zu Zorns Ausführungen in einer Denkschrift „Die deutsche Staatssprache" weist Paalzow überzeugend nach, daß ein allgemeines Verbot polnischer Postadressen in dem geltenden Rechte nicht enthalten ist. Die polnische Sprache ist vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn sie den bei der Beförderung des betreffenden Poststückes in Betracht kommenden Postbeamten unbekannt ist. Im Interesse der Wahrung des nationalen Charakters des Deutschen Reiches tritt auch hier Paalzow für eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes ein. Ein solcher kann durch den Reichskanzler (oder in seiner Vertretung durch den Staatssekretär des Reichspostamts) herbeigeführt werden, da dieser befugt ist, über die Bedingungen, unter denen die Post Gegenstände zur Beförderung annimmt, Verordnungen zu erlassen. Da durch eine derartige Verordnung alle in Deutschland Wohnenden fremder Zunge genötigt wären, sich bei Postadressen der deutschen Sprache zu bedienen, würde ein Sonderrecht für die Polen nicht geschaffen werden, so daß hierin nichts Gehässiges gegen die Polen zu erblicken wäre.

Das Begnadigungsrecht. Altes und Neues, aus Leben und Reichstag. Vom Verfasser der Schrift „Die Aufgaben des Verteidigers". Berlin 1902, Hugo Behrmüller. 29 S. Brosch. 50 Pf.

Der ungenannte Verfasser geht in seinem unbedeutenden, trotz der in dem Titel aufgestellten Behauptung neue Gedanken nicht enthaltenden Schrift-

chen von der Ansicht aus, daß die Begnadigung eine Pflicht und erst in zweiter Linie ein Recht sei. Sie soll vor allem dazu dienen, ein durch die Unvollkommenheit der Gesetzgebung zugefügtes Unrecht wieder gut zu machen.

Das Standesamt. Zeitschrift und Ratgeber für die mit Standesamtsgeschäften beauftragten Beamten. Herausgegeben unter Benutzung amtlicher Quellen und unter Mitwirkung von Juristen und Standesbeamten von L. Schmitz. Verlag von Arthur Heilands Buchhandlung, Meiderich am Niederrhein.

Die am 1. Januar 1902 ins Leben getretene, monatlich zweimal erscheinende Fachzeitschrift für Standesbeamte will alles Material vereinigen, was für die Führung der standesamtlichen Geschäfte von Bedeutung ist. Insbesondere bringt die Zeitschrift sämtliche auf dem Gebiete der Personenstandsbeurkundungen und der Eheschließung ergehenden Gesetze, Verordnungen, Erlasse und gerichtliche Entscheidungen, Berichte über Standesbeamtenkonferenzen, Mitteilungen aus der Praxis für die Praxis, Fragebeantwortungen, Bücherbesprechungen, sowie kleinere wissenschaftliche Abhandlungen über wichtigere Einzelfragen sowohl aus dem Gebiete des Zivil- wie des Strafrechts.

Wilhelm Wiest, Oberamtsrichter in Heidenheim a. Br., Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 in der vom 1. Januar 1900 ab geltenden Fassung. Zweite gänzlich umgearbeitete Auflage. Ellwangen 1900, J. Heß. X und 482 S. 8°. Geh. 6 Mk., geb. 7 Mk.

Wiest paßt in völliger Umarbeitung seinen in erster Linie als Nachschlagebuch für den Praktiker gedachten Kommentar den durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches getroffenen neuen Verhältnissen an. Er bringt gegenüber der ersten Auflage einige die Übersicht wesentlich erleichternde Vereinfachungen und verweist ständig auf die übrige Literatur und besonders auf die reichsgerichtliche Judikatur, zum Teil auf die in andern Ländern geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Neben dem eingehend kommentierten Personenstandsgesetz (S. 26—183) enthält das Buch alle die einschlägigen Fragen betreffenden Reichsgesetze, sowie die Vorschriften des Bundesrats, ferner die württembergischen königlichen Verordnungen und die Verfügungen der Ministerien der Justiz und des Innern. Ein Anhang (S. 405—450) bringt in alphabetischer Ordnung die Ausführungsbestimmungen usw. von Baden, Bayern, Elsaß-Lothringen, Preußen, Sachsen-Weimar-Eisenach und Württemberg.

18.

Die Strafrechtswidrigkeit.

Von Prof. E. Stooß in Wien.

Niemand zweifelt daran, daß das Verbrechen rechtswidrig sei, aber das Wort rechtswidrig wird in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht und es wird dabei nicht immer unterschieden, welche Bedeutung ihm in dem einzelnen Fall zukommt.

Widerspricht ein Verhalten dem gemeinen Wohl und damit der Rechtsidee, so nennen wir es rechtswidrig und meinen damit die materielle Rechtswidrigkeit. Wenn der Gesetzgeber prüft, ob eine Handlung gesetzlich zu erlauben oder zu verbieten sei, so untersucht er die materielle Rechtswidrigkeit. Würdigen wir ein Verhalten nach unserm Rechtsgefühl, so beurteilen wir die materielle Rechtswidrigkeit.

Wenn das Gesetz eine Handlung verbietet, so wird sie damit formell rechtswidrig. Sie verstößt gegen eine Vorschrift des Gesetzes. In Hinsicht auf die Rechtsanwendung interessiert namentlich die formelle Rechtswidrigkeit, die der Natur der Sache nach überall auf materieller Rechtswidrigkeit beruht, weil der Gesetzgeber das formell als Unrecht erklärt, was ihm materiell als Unrecht erscheint.

Die Rechtsgebote sind nach den Gebieten, denen sie angehören verschieden. Wir unterscheiden namentlich privatrechtswidrige, polizeiwidrige, völkerrechtswidrige, kriminalrechtswidrige Handlungen, je nachdem die Handlung eine Norm des Privatrechts, des Polizeirechts, des Völkerrechts, des Strafrechts verletzt. Der Ausdruck „kriminalrechtswidrig" ist allerdings nicht üblich. Es scheint hier der bezeichnende Ausdruck, der sich für andre Rechtsgebiete von selbst darbietet, zu fehlen. Binding bezeichnet die strafrechtliche Normwidrigkeit als Delikt. Allein dieser Ausdruck

kann auch anderes bezeichnen. Und dann versteht Binding unter Delikt den Ungehorsam gegen Normen, die er als selbständige, von den Strafbestimmungen unabhängige Vorschriften auffaßt; auch im Gewohnheitsrechte findet Binding Normen von strafrechtlicher Bedeutung. Auch ich nehme an, der Täter verletze in der Regel bewußt eine außerhalb des Gesetzes stehende Norm, die freilich nicht einer Rechtsquelle angehört. Allein das Gesetz setzt diese Normwidrigkeit bei dem schuldhaften Täter voraus. Der österreichische Gesetzgeber hat dies in dem Strafgesetze vom 1803 ausdrücklich festgestellt. § 3. „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen, da das **Unrecht** derselben **unverkennbar** ist, kann sich niemand entschuldigen." Das geltende Gesetz von 1852 erklärt in § 233: „Die in diesem Teile des Strafgesetzes vorkommenden Vergehen und Übertretungen sind insgesamt Handlungen oder Unterlassungen, die jeder als **unerlaubt von selbst erkennen** kann; oder wo der Täter die besondere Verordnung, welche übertreten worden, nach seinem Stande, seinem Gewerbe, seiner Beschäftigung, oder nach seinen Verhältnissen zu wissen verpflichtet ist. Damit begründet das Gesetz den Satz: Die Unkenntnis dieses Gesetzes entschuldigt nicht. Die Norm, die der österreichische Gesetzgeber im Auge hat, ist wohl die Norm des Gewissens und des Rechtsbewußtseins, die von der besondern Verordnungsnorm deutlich unterschieden wird. Als Norm kann man sich vielleicht auch die (soziale) „Regel des Lebens" denken, die die Erfahrung uns von Jugend auf einprägt.[1])

Wenn es sich also darum handelt, ein Verhalten zu charakterisieren, das der Strafgesetzgeber in dem Sinne gebietet oder verbietet, daß derjenige, der sich so verhält, wegen Verbrechens bestraft wird, so kann nur ein Verstoß gegen eine Vorschrift des

[1]) Es ist daher eine heilige Pflicht des Strafgesetzgebers, nur das als Verbrechen (im weiteren Sinne) zu erklären, was jeder als unerlaubt von selbst erkennen kann, soweit es sich nicht um polizeiliche Gebote handelt, die bestimmte Personen zu wissen verpflichtet sind. Die im Volke lebenden Normen bilden das Fundament für die formellen Normen der gesetzlichen Tatbestände. Diese unsichtbaren, aber realen Normen ziehen den formellen Rechtsnormen Grenzen, die der Gesetzgeber nicht überschreiten darf. Der Täter, der nicht von selbst zu erkennen vermochte, daß seine Tat unerlaubt sei, sollte nicht strafbar sein. Eine gewissenhafte und vollständige Berücksichtigung der Zurechnungsfähigkeit und eine genaue Prüfung des Verschuldens wird solche Fälle nahezu ausschließen, wenn der Strafgesetzgeber die Grenzen nicht überschritten hat.

Strafgesetzgebers strafrechtswidrig sein. Gewiß kann der Strafgesetzgeber ein Gebot aus einem andern Rechtsgebiet aufnehmen und die Zuwiderhandlung gegen dasselbe verpönen. Auch in diesem Fall stellt sich das Gebot in Hinsicht auf die Erklärung des Strafgesetzgebers als ein Kriminalgebot dar.

Der Ausdruck „strafrechtswidrig" ist uns nicht geläufig, aber wir besitzen ein Wort, das in seiner allgemeinen Bedeutung eben das bezeichnet, was zu bezeichnen ist. Das ist das Wort **Verbrechen.** Denn Verbrechen im weiteren Sinn bedeutet nichts andres, als das mit Straffolge verknüpfte Unrecht. Das Wort hat gegenwärtig noch eine besondere Bedeutung. Zufolge des Satzes: "Nullum crimen sine lege" ist die Kriminalisierung von Handlungen durch den Strafgesetzgeber ein Formalakt geworden. Verbrechen ist nur das, was das Gesetz ausdrücklich als Verbrechen erklärt, und zwar in einer Form, die darüber, welche Tat kriminalisiert sei, keinen Zweifel läßt. Verbrechen ist also auch nur das Verhalten, das ein gesetzlicher Tatbestand kennzeichnet. Wo der Satz „nullum crimen sine lege" gilt, kann Kriminalunrecht nicht in andrer Weise begründet werden. Es besteht kein Zweifel, daß der Gesetzgeber, der eine Tat wegen ihres Widerspruchs mit dem Gemeinwohl als Verbrechen erklärt, diese Tat damit formell verbietet. Es ist ja selbstverständlich, daß der Gesetzgeber, wenn er den Tatbestand des Diebstahls aufstellt, damit das Stehlen verbietet, und zwar unter Androhung einer Strafe. Jedem gesetzlichen Tatbestand können im Sinne des Gesetzes die Worte vorangesetzt werden: „Strafbares Unrecht begeht: Wer . . ." Besonders deutlich tritt dies in der Bestimmung des **österreichischen** Kundmachungspatentes von 1852 Art. IV hervor:

„Nach Maßgabe dieses Strafgesetzes kann vom Tage seiner Wirksamkeit angefangen, **nur** dasjenige als **Verbrechen, Vergehen** oder **Übertretung** behandelt und bestraft werden, was in demselben **ausdrücklich** als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung **erklärt** wird."

Demgemäß bestimmt z. B. § 58: „Das **Verbrechen** des Hochverrates begeht:

„Wer etwas unternimmt . . ."

Damit wird die als Hochverrat bezeichnete Tat formell **Verbrechen, Kriminalunrecht** und damit strafbar. Das Kriminal-

unrecht ist somit nicht nur scharf abgegrenzt, sondern an eine Form gebunden.

Nach österreichischem Strafrecht hat jede Strafbestimmung drei Bestandteile:

1. Den Formalakt der Kriminalisierung: „Ein Verbrechen begeht,"

2. Die Bezeichnung der kriminalisierten Tat, den gesetzlichen Tatbestand.

3. Die Strafsanktion.

Würde eine Tat nicht ausdrücklich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung erklärt, so wäre sie nach Art. IV des Kundmachungspatentes nicht Verbrechen, Vergehen, Übertretung. Der Kriminalisierungsakt, die Erklärung: „Diese Tat ist ein Verbrechen", besagt nichts andres als: „Diese Tat ist rechtswidrig im Sinne des Strafrechts, sie ist Kriminalunrecht und daher strafbares Unrecht.

Das deutsche Strafgesetzbuch hebt den Kriminalisierungsakt nicht so scharf hervor, aber er läßt sich auch hier bestimmt nachweisen, wie sich aus folgenden Bestimmungen ergibt.

§ 2. Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

§ 1. Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.

Demgemäß trägt der zweite Teil des Deutschen Strafgesetzbuchs die Überschrift: „Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung."

Damit erklärt der Gesetzgeber: Die Tat, die gesetzlich mit Strafe bedroht ist, ist Verbrechen, Vergehen, Übertretung und nur diese.

Der Kriminalisierungsakt des deutschen Strafgesetzgebers ist nicht so augenfällig wie die Verbrechenserklärung des österreichischen

Strafgesetzgebers. Die Kriminalisierung einer Tat wird aus der gesetzlichen Bestimmung der Straffolge abgeleitet. Zunächst entscheidet also nicht die Erklärung: „Die Tat ist ein Verbrechen", sondern die Erklärung: „Die Tat ist strafbar." Aber mit der Strafbarkeitserklärung ist die Verbrechenserklärung gegeben. Gestützt auf § 1 des Deutschen Strafgesetzbuchs gilt für jeden Tatbestand die gesetzliche Formel: „Diese Tat ist ein Verbrechen, ein Vergehen, eine Übertretung", oder übereinstimmend mit dem österreichischen Strafgesetzbuch: „Ein Verbrechen, ein Vergehen, eine Übertretung begeht, wer . . ."

Es wird also die Verbrechens-, Vergehens-, Übertretungsnatur eines tatbestandsmäßigen Verhaltens sowohl nach deutschem als nach österreichischem Strafrecht durch einen formellen, ich möchte sagen solennen Kriminalisierungsakt **ausdrücklich** festgestellt. Dieser Akt begründet formell die Kriminalrechtswidrigkeit einer Tat. So erweist sich die Behauptung v. Liszts als unrichtig: „Die Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedarf als selbstverständlich keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze. Nur in besonderen Fällen hat der Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den besondern Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen."[2]) Die Hervorhebung des Merkmals der Rechtswidrigkeit, und zwar der Kriminalrechtswidrigkeit einer Tat, erfolgt vielmehr durch ihre Erklärung zum Verbrechen, und die besondere Hervorhebung dieser Kriminalrechtswidrigkeit begründet formell ihre Eigenschaft als strafbares **Unrecht.** Wie es sich mit den besondern Fällen verhält, in denen die Rechtswidrigkeit in den besondern Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen wurde und wie diese Rechtswidrigkeit geartet ist, wird besonders zu erörtern sein.

Das Gesetz enthält jedoch nicht nur Kriminalisierungsakte, sondern, wenn der Ausdruck erlaubt ist, auch Entkriminalisierungsakte. Es werden nämlich Handlungen, die nach deutschem Strafrecht als strafbar und damit als Verbrechen im weiten Sinne erklärt sind, ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen als nicht strafbar, als Nichtverbrechen erklärt. So in § 53 R.St.G.B.

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war."

---

[2]) v. Liszt, Lehrbuch, 12. und 13. Auflage 1903 S. 142.

Ebenso in § 54 (52).

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in einem ... Notstande ... begangen worden ist."

Damit werden diese tatbestandsmäßigen Handlungen der Kriminalisierungsformel entzogen. Die Erklärung: „Notwehr und Notstandshandlungen sind nicht strafbar", hebt die Verbrechenserklärung für die Fälle auf, in denen eine an sich tatbestandsmäßige Handlung in Notwehr oder im Notstand ausgeübt wird. Die gesetzlichen Tatbestände gelten für die Notwehr und die Notstandsfälle nicht. Die Ausnahmebestimmungen der §§ 53, 54 (52) gestalten die gesetzlichen Tatbestände in Hinsicht auf Notwehr- und Notstandsfälle zu Regelsätzen. Die Ausnahme durchbricht die Regel.

Wenn auch die Ausnahmebestimmungen im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches stehen, die gesetzlichen Tatbestände im besondern Teil, so ist dies sachlich bedeutungslos. Diese gesetzestechnische Behandlung erklärt sich daraus, daß es nicht leicht möglich ist, bei jedem gesetzlichen Tatbestand die entsprechenden Ausnahmen anzuführen. Doch besteht wohl kein Zweifel, daß z. B. §§ 211 und 212 R.St.G.B. dem Sinne nach so gefaßt sind:

„Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit (nicht mit) Überlegung, und nicht im Zustande der Notwehr oder des Notstandes ausgeführt hat, mit .... bestraft."

Die Annahme, in diesen und in andern Fällen sei die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen, ist richtig, wenn damit die aus dem Formalakt der Kriminalisierung entstehende Strafrechtswidrigkeit und Verbrecherischkeit gemeint ist.

Indem das Gesetz die Notwehr- und Notstandshandlungen als nicht strafbar und damit als Nichtverbrechen erklärt, hat es sie nicht als Verbrechen erklärt (§ 1). Der Satz: nullum crimen sine lege findet auf sie Anwendung. Eine Subsumtion der Notwehr- und der Notstandsfälle unter einen gesetzlichen Tatbestand kommt daher nicht in Frage. Es ist nicht richtig, wenn den gesetzlichen Tatbeständen ein „rechtswidrig" subintelligiert wird[3]), in der Annahme, nur so sei es möglich, z. B. die Notwehr und die Not-

[3]) So auch Merkel, mit dem ich m. E. in der Hauptsache überall übereinstimme, Lehrbuch S. 35.

ſtandsfälle der Strafbarkeit zu entrücken. Das hat der Geſetzgeber in aller Form und einfacher bewirkt. Denn die ſonſt ſtrafbaren Handlungen ſind für den Fall der Notwehr und des Notſtandes nicht kriminaliſiert. Der Richter und die Wiſſenſchaft haben dieſer Anordnung des Geſetzes, die in der Natur der Sache begründet iſt, Folge zu leiſten und ſie bedürfen keiner künſtlichen Hilfen um die Wirkſamkeit der geſetzlichen Tatbeſtände für dieſe Ausnahmsfälle auszuſchließen.

Es iſt aber die Erklärung des Geſetzgebers: „Eine ſtrafbare Handlung iſt nicht vorhanden" auch nicht weiter auszudehnen als ihr Sinn geht. Damit wird nur die Verbrechensnatur der als nicht ſtrafbar erklärten Ausnahmefälle durch den Geſetzgeber verneint. Dieſe Handlungen ſind nicht „ſtrafbares Unrecht", nicht Kriminalunrecht im Sinne des Geſetzes. Die Erklärung des Geſetzes, eine Handlung iſt nicht ſtrafbar, iſt kein Verbrechen, beſagt nicht, ſie ſei dem Rechte gemäß und in keiner Hinſicht rechtswidrig. Wie es ſich mit der Rechtswidrigkeit des Verhaltens in Hinſicht auf andre Rechtsgebiete verhält, iſt eine beſondere Frage[4]). Die Notwehr iſt nicht nur kein Verbrechen, ſie iſt erlaubt; das öſterreichiſche Strafgeſetz nennt ſie gerechte Notwehr. Dagegen beruht nicht jede Notſtandshandlung auf einem Notrecht.

Wenn die Notſtandshandlung auch als Nichtverbrechen erklärt iſt, ſo kann ſie doch z. B. privatrechtswidrig ſein und den Täter zu Schadenerſatz verpflichten. Sollte aber auch eine als Nichtverbrechen erklärte Notſtandshandlung gegen kein anderes Rechtsgebot verſtoßen, ſo folgt daraus nicht, daß ſie erlaubt ſei und auf einem Rechte beruhe. „Nicht rechtswidrig" bedeutet keineswegs: „mit Recht". Zwiſchen den rechtlich erlaubten und den rechtswidrigen Handlungen liegt eine breite Schicht rechtlich neutraler Handlungen, die nicht Gegenſtand von Rechtsnormen bilden.

So ergibt ſich folgendes.

Die Sätze:

„Die Handlung iſt kein Verbrechen"

und

„Die Handlung iſt nicht ſtrafrechtswidrig"

ſind gleichbedeutend.

---

[4]) Merkel, Lehrbuch S. 35 unten.

Der Satz: Die Handlung ist kein Verbrechen, bedeutet nicht: Die Handlung ist überhaupt nicht rechtswidrig, oder gar: die Handlung ist erlaubt. Ein Satz: „Was nicht strafbar ist, ist erlaubt", besteht nicht. Dies gilt selbstverständlich auch für die Handlung, die ausnahmsweise als Nichtverbrechen erklärt ist, also insbesondere für die Notstandshandlung, die sich nicht auf ein Notrecht gründet.

Dagegen gilt unumschränkt der Satz: Die rechtlich erlaubte oder rechtlich gebotene Handlung ist kein Verbrechen. Denn was das Recht erlaubt oder gebietet, kann in keiner Hinsicht rechtswidrig sein, es kann also auch nicht strafrechtswidrig sein. Das deutsche Gesetz hat es, von dem Fall der Notwehr abgesehen, nicht für nötig erachtet, ausnahmsweise erlaubte Handlungen, die sonst strafbar sind, förmlich als Nichtverbrechen zu erklären. Es ist aber selbstverständlich, daß der Gesetzgeber, der eine sonst strafbare Handlung unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt oder gebietet, diese Handlung damit auch als Nichtverbrechen erklärt. Ein gebietender oder erlaubender Rechtssatz hebt die Wirksamkeit der gesetzlichen Tatbestände hinsichtlich der erlaubten oder gebotenen Ausnahmefälle auf. Der Satz, der die Vollstreckung der Todesstrafe anordnet, entzieht die Vollstreckshandlung dem gesetzlichen Tatbestand des Mordes. Die Bestimmung über Mord bezieht sich auf einem solchen Ausnahmsfall nicht. Die erlaubten tatbestandsmäßigen Handlungen sind von der Kriminalisierungsformel ausgenommen, sie sind entkriminalisiert.

Da die Theorie hier die Rechtswidrigkeit, ohne sie näher zu bestimmen, als ausgeschlossen erklärt, und auf diesem Umwege die Strafbarkeit der Ausnahmefälle ausschließt, hat der schweizerische Strafgesetzentwurf (Juni 1903) unter der Aufschrift: Ausnahmen von der Strafandrohung, bestimmt:

Art. 23. „Die Tat, die ein Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen gebietet, erlaubt oder straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen."

So ist die Frage nach dem schweizerischen Entwurf entschieden allein das, was der Entwurf bestimmt, ist m. E. nicht andres, als was sich aus der Natur der Sache und aus dem Verhältnis von Regel und Ausnahmerechtssätzen von selbst ergibt.

Übrigens enthält schon das französische Strafgesetz einen ähnlichen Satz, wenn auch nicht in allgemeiner Fassung. Art. 327.

„Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les conps étaient ordonnés par la loi et conmandés par l'autorité légitime.“ Aus dieſer Beſtimmung leitet die franzöſiſche Jurisprudenz[5]) den Grundſatz ab, daß die geſetzlich gebotene, in rechtmäßiger Ausübung des Amtes vorgenommene, ſonſt ſtrafbare Handlung kein Verbrechen ſei.

Iſt das Kriminalunrecht das ſtrafbare Unrecht und bedeutet „ſtrafrechtswidrig“ „verbrecheriſch“, ſo gibt es kein Verbrechen im weiteren Sinne ohne Strafſolge. Dies tritt in dem deutſchen Strafrecht um ſo ſchärfer hervor, als ſich die Eigenſchaft einer Tat als Verbrechen, Vergehen, Übertretung daraus ergibt, daß dieſe Tat mit Strafe bedroht iſt. Nach öſterreichiſchem Strafrecht folgt dagegen die Strafbarkeit der Tat aus der Verbrechenserklärung. Kriminalrechtswidrigkeit (Verbrechen) und Strafbarkeit ſtehen ſomit in untrennbarem Zuſammenhang; ſie ſind nicht identiſch, aber ſie ſind aneinander gebunden[6]).

Es iſt alſo nicht genau, die in Frage ſtehenden Fälle als Fälle zu bezeichnen, in denen die Rechtswidrigkeit ausgeſchloſſen iſt; denn nicht die Rechtswidrigkeit, ſondern eine beſtimmte Rechtswidrigkeit, nämlich die Strafrechtswidrigkeit iſt ausgeſchloſſen. Es ſind tatbeſtandsmäßige Nichtverbrechen, nichtkriminaliſierte Ausnahmsfälle, Fälle, in denen die Strafpflicht nicht entſteht[7]), obwohl die Handlung tatbeſtandsmäßig iſt. Vom Notſtand abgeſehen, ſind es gerechtfertigte Handlungen[8]), die durch beſtimmte Tatſachen gerechtfertigt werden. Garraud[9]) nennt dieſe Tatſachen treffend „faits jnstificatifs“,

[5]) R. Garraud, Précis de droit criminel, 6. Aufl., Paris 1898. S. 202.

[6]) Verbrechen und Strafe können allerdings zeitlich verſchieden und durch verſchiedene Geſetzgeber begründet werden. Aber eine Strafandrohung iſt leer, ſo lange der Kriminaliſierungsakt ausſteht, und der Kriminaliſierungsakt tritt erſt in Wirkſamkeit, wenn die Strafbarkeit der Tat begründet iſt. Nach öſterreichiſchem Strafrecht bleibt es dem Richter in einzelnen Übertretungsfällen überlaſſen, die Strafe nach Analogie oder nach Zweckmäßigkeit zu beſtimmen, da die Verbrechenserklärung die Strafbarkeit grundſätzlich begründet.

[7]) So längſt ſchon Binding auf Grund ſeiner Normentheorie, die manches Dunkel aufgeklärt hat, aber m. E. wieder manches in ein falſches Licht ſtellt.

[8]) So Lammaſch in ſeinem Grundriß des (öſterreichiſchen) Strafrechts, 2. Aufl. 1902, S. 40.

[9]) Précis, S. 191.

während die französische Jurisprudenz den Ausdruck sonst weiter faßt. Es handelt sich jedoch nicht um eine terminologische Frage, sondern um die Natur des Verbrechens in seiner positivrechtlichen Gestaltung, insbesondere um den Kriminalisierungsakt.

Es läßt sich meines Erachtens ein einheitlicher Grund nachweisen, der den Gesetzgeber bestimmt, Schädigungen oder Gefährdungen, die er sonst als Verbrechen erklärt, unter bestimmten Voraussetzungen zu gebieten, zu erlauben oder sie ohne Straffolge zu lassen. Diese Ausnahmen beruhen in der **güterschützenden Funktion** eines sonst strafbaren Verhaltens. Diese güterschützende Funktion der Handlung begründet ihre Ausnahmestellung. Ein Verhalten, das sonst mit dem Gemeinwohl unverträglich ist, wird durch seine güterschützende Funktion für das Gemeinwohl erträglich oder sogar notwendig.

Die Einwendung, dieser Gesichtspunkt treffe nicht für alle Fälle zu, in denen die Strafrechtswidrigkeit ausgeschlossen sei, ist anscheinend richtig; aber eine nähere Untersuchung zeigt, daß die Fälle, für welche dieser Gesichtspunkt nicht zutrifft, anders geartet sind und aus der Gruppe dieser Ausnahmen auszuscheiden sind.

Die Beweisführung muß späterer Ausführung vorbehalten bleiben.

* * *

„Die Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedarf als selbstverständlich keiner besondern Hervorhebung im Gesetze.

Nur in besondern Fällen hat der Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den besondern Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen."

Diese Sätze v. Liszts lassen annehmen, mit „rechtswidrig" werde in den besondern Tatbeständen einzelner Verbrechen die nämliche Rechtswidrigkeit bezeichnet, die in den übrigen Fällen keiner besondern Hervorhebung bedürfe. Es ist nachgewiesen worden, daß der Kriminalisierungsakt die Strafrechtswidrigkeit des Verbrechens nicht nur hervorhebt, sondern auch begründet. Die Tatbestände, in denen das Merkmal „rechtswidrig" vorkommt, sind in der nämlichen Weise als Verbrechen erklärt, wie alle andern Tatbestände. „Rechtswidrig" muß daher in diesen besondern Tatbeständen etwas andres bedeuten.

Das Merkmal „rechtswidrig" findet sich zunächst bei Vermögensdelikten und bei Hausfriedensbruch. Das Vermögen

wird wesentlich als Eigentum geschützt, der Hausfriede als Hausrecht, d. h. als das Recht einer Person über das Eintreten von Dritten in ihre befriedeten Räume und über das Verweilen in diesen Räumen nach ihrem Willen zu entscheiden. Strafrechtlicher Schutz wird daher dem Eigentümer und dem Inhaber befriedeter Räume gegen Angriffe gewährt, die ihrem Willen widersprechen. Die Strafgewalt schützt die Rechtssphäre eines Berechtigten. Eingriffe zu denen der Berechtigte eingewilligt hat, begründen kein Verbrechen. Das erklärt das Gesetz mit dem Worte rechtswidrig, das also hier privatrechtswidrig bedeutet und gleichbedeutend ist mit „ohne Einwilligung des Berechtigten" oder „gegen den Willen des Berechtigten". Es werden dadurch die Tatbestände näher bestimmt und abgegrenzt. Rechtswidrig bezeichnet hier ein tatsächliches Verhältnis rechtlicher Natur, also ein Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz umfaßt wird. So erklärt sich „rechtswidrig" in den Fällen der §§ 123, 124, 242, 246, 303, 305, 291.

Wenig Sinn hat das Merkmal „rechtswidrig" in § 304, da hier res sacrae und religiosae sowie gewisse res publicae strafrechtlich geschützt werden, und zwar wie v. Liszt gewiß richtig bemerkt[10]), auch gegen den Eigentümer. Es handelt sich daher nicht um Eigentumsschutz und es trifft auch der Gesichtspunkt nicht zu, aus dem sich das Merkmal rechtswidrig in den übrigen Fällen erklärt.

Den Übergang zu der zweiten Gruppe bildet die Freiheitsberaubung. „Widerrechtlich" kann hier zunächst bedeuten „gegen den Willen". Allein dies ist schon durch die Worte „der persönlichen Freiheit beraubt" ausgedrückt. Denn es ist kaum möglich, jemanden mit seinem Willen „der Freiheit zu berauben". Widerrechtlich bedeutet daher wohl hauptsächlich „ohne besondere rechtliche Ermächtigung", also nicht auf Grund eines Ausnahmerechtssatzes.

Diesen Doppelsinn wird das Wort auch im Falle des Hausfriedensbruches von § 123, nicht von § 124, haben; denn eine rechtlich erlaubte Zusammenrottung von Menschen zur Begehung von Gewalttätigkeiten ist nicht denkbar. Wenn in § 240 strafbar erklärt wird, „Wer einen andern widerrechtlich durch Gewalt

[10]) Lehrbuch S. 451.

oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt", so kann „widerrechtlich" nicht bedeuten „gegen den Willen" der Person. Denn darüber besteht ja kein Zweifel. Es wird damit auf die Fälle rechtmäßiger Nötigung hingewiesen, die nach dem früher Ausgeführten auch ohne diesen Hinweis aus dem gesetzlichen Tatbestand ausscheiden. Da es eine rechtlich erlaubte Nötigung, die durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen begangen wird, nicht gibt, und nur eine durch Gewalt bewirkte Nötigung unter Umständen gerechtfertigt sein kann, so bezieht sich „widerrechtlich" m. E. nur auf die durch Gewalt begangene Nötigung. Es ist daher zu lesen:

Wer einen andern

widerrechtlich durch Gewalt, oder

durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen

zu einer Handlung Duldung oder Unterlassung nötigt.

Vorbehalten bleibt also der Fall rechtmäßiger Nötigung durch Gewalt. Rechtmäßig ist jedoch die Gewalt nur, wenn der Täter berechtigt ist, einen andern zu der in Frage stehenden Handlung, Duldung oder Unterlassung durch Gewalt zu nötigen.

§ 339 bietet der Auslegung Schwierigkeiten: „Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nötigt." Entweder ist widerrechtlich pleonastisch oder es bezieht sich ausschließlich auf „nötigen", nicht auf die Mittel der Begehung; denn ein rechtmäßiger Mißbrauch der Amtsgewalt ist ausgeschlossen. In diesem letztern Falle würde vorausgesetzt, daß der Täter, auch abgesehen von den Mitteln, die er angewendet hat, zu der Nötigung nicht berechtigt ist. Der Täter wäre also nicht strafbar, wenn er mit Recht genötigt hat, aber mit unzulässigen Mitteln. Er wäre nur strafbar, wenn auch die Nötigung an sich unberechtigt ist. Es kommt mir jedoch hier wie überall nur auf die Natur der Rechtswidrigkeit, nicht auf besondere Auslegungsfragen an, zu deren Lösung ich nicht berufen bin. In § 353a wird rechtmäßige Mitteilung von Schriftstücken oder dienstlichen Anweisungen vorbehalten.

„Rechtswidrig" bedeutet in diesen Fällen: „ohne rechtliche Ermächtigung", — „nicht erlaubter Weise", — „nicht auf Grund einer Tatsache, die die Handlung rechtfertigt (vgl. S. 327

oben). Es wird also nicht die Strafrechtswidrigkeit der Tat nochmals hervorgehoben, sondern es wird daran erinnert, daß der Tatbestand ein Regelsatz ist, der Ausnahmen zuläßt, daß es tatbestandsmäßige Handlungen gibt, die gerechtfertigt und nicht strafrechtswidrig sind. Der Richter soll auf solche Ausnahmsfälle, die freilich auch bei andern Tatbeständen vorkommen, hier besonders achten.

„Rechtswidrig" ist hier kein Tatbestandsmerkmal; es berührt den Vorsatz nicht, aber wenn der Täter irrtümlich eine rechtfertigende Tatsache als vorhanden annimmt, so hat er eine gerechtfertigte Handlung, nicht eine strafrechtswidrige gewollt und dann ist der Vorsatz aus diesem Grunde ausgeschlossen.

Die Ungenauigkeit des Sprachgebrauchs tritt auch in der Notwehrbestimmung hervor. Notwehr ist gegen einen widerrechtlichen Angriff gegeben. Auch hier kann rechtswidrig nicht „kriminalrechtswidrig" nicht „verbrecherisch" bedeuten, es kann auch kaum bedeuten, „im Widerspruch mit irgend einer Rechtsvorschrift". So kann rechtswidrig nur ein Angriff sein, der nicht im Rechte begründet ist, den das Recht nicht erlaubt. Dies ist umso eher anzunehmen, als die Notwehrbestimmung nur den Zweck hat, die Grenzen der Notwehr für den Angegriffenen festzustellen, nicht den Angriff in Hinsicht auf den Angreifer strafrechtlich oder rechtlich zu charakterisieren.

Es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß Notwehr gegen einen rechtmäßigen Angriff ausgeschlossen ist. Rechtswidrig heißt nun allerdings dem Wortsinn nach nicht: „nicht erlaubt", sondern „im Widerspruch mit einem Rechtsgebote". Allein wie gezeigt worden ist, findet sich der Ausdruck „rechtswidrig" oder „widerrechtlich" nicht selten im Sinne von „nicht rechtmäßig", „nicht rechtlich erlaubt".

- Man hat „rechtswidrig" im Sinne objektiver Rechtswidrigkeit verstanden. Gewiß gibt es im Zivil- und im Polizeirecht Vorschriften, die ein Verhalten an sich, ohne Rücksicht auf ein Verschulden, also objektiv, verbieten. Wenn jedoch nur ein schuldhaftes Verhalten Verbrechen sein kann [11]), so kann es keine objektive Strafrechtswidrigkeit, kein unverschuldetes Ver-

[11]) Der Satz: „Kein Verbrechen ohne Schuld" ist allerdings nicht gesetzlich gewährleistet.

brechen geben. Wenn das Recht ein schuldhaftes Verhalten verbietet, so kann nur ein schuldhaftes Verhalten einen Widerspruch mit dieser Vorschrift begründen.

Jede Norm bildet eine unteilbare Einheit. Es ist daher nicht zulässig, das Schuldmoment aus einer Norm, die ein schuldhaftes Verhalten zum Gegenstand hat, auszumerzen und ein Verhalten, das der Norm nur in objektiver Hinsicht widerspricht, als dieser Norm widersprechend zu erklären. Ein objektives Unrecht in diesem Sinne ist undenkbar. Ein nicht schuldhaftes Verhalten kann nur einer Norm widersprechen, die ein Verhalten an sich, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Täters gebietet oder verbietet. Solche Normen kommen aber für den rechtswidrigen Angriff, den die Notwehr voraussetzt, der Natur der Sache nach nicht in Frage.

19.

Über den Schuldbegriff.

Von Dr. Gustav Radbruch, Privatdozent in Heidelberg.

Uns, die wir an die strenge Architektur des heutigen Strafrechtssystems gewöhnt sind, fällt an den älteren Systemen sofort eine gewisse Verschwommenheit aller Konturen ins Auge. Wir ordnen bekanntlich die verschiedenen Bestimmtheiten des Verbrechens in vier oder fünf Hauptgruppen: wir betrachten es als die rechtswidrige, schuldhafte, strafbare Handlung eines Zurechnungsfähigen. In den älteren Systemen geraten nun einzelne Bestimmtheiten des Verbrechens teils unter ein falsches, teils fälschlich unter mehrere dieser Hauptmerkmale. So ist insbesondere der Schuldbegriff mit ihm fremden Bestimmtheiten — Bestimmtheiten der Zurechnungsfähigkeit, der Handlung, der Rechtswidrigkeit — irrtümlich versetzt worden.

Ursprünglich ist der Schuldbegriff der die beiden „Schuldformen" Vorsatz und Fahrlässigkeit in sich fassende Gattungsbegriff. Die Gefahr einer Grenzverwirrung zwischen diesem Schuldbegriff und andern Verbrechensmerkmalen lag nun sehr nahe. Für Schuld und Zurechnungsfähigkeit ist sie gegeben mit der Auffassung der Zurechnungsfähigkeit als Schuldfähigkeit, doli et culpae capacitas: „Schuld" ist danach Schuld eines Zurechnungsfähigen. Für Schuld und Handlung lag die gleiche Gefahr darin, daß an beiden der Wille beteiligt ist; so kam es, daß Schuld und Handlung zusammenflossen, daß die Schuld statt als differentia specifica einer gewissen Art von Handlungen als diese Art selbst aufgefaßt wurde: „Schuld" ist mithin schuldhafte Handlung. Schuldhaft kann aber eine Handlung nicht sein, ohne zugleich rechtswidrig zu sein, und so wird der ursprüngliche Schuldbegriff notwendig zugleich durch das Merkmal der Rechtswidrigkeit bereichert: „Schuld" ist schuldhafte rechtswidrige Handlung. Während die Schuld ursprünglich

nichts weiter als Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit einer rechtswidrigen Handlung, einer, sei es zurechnungsfähigen, sei es zurechnungsunfähigen, Person ist, ist sie jetzt die vorsätzliche oder fahrlässige, rechtswidrige Handlung eines Zurechnungsfähigen geworden, hat sie sich jetzt aus einem Merkmal zu einem Synonymum des Verbrechens erweitert, und es wird so begreiflich, wie das Strafprozeßrecht die Frage nach dem Vorliegen eines Verbrechens als „Schuld"-Frage der Straffrage gegenüberstellen kann.

Die Beantwortung der Schuldfrage nennen wir Zurechnung. Der Begriff der Zurechnung hat die gleiche Erweiterung erfahren, wie der Begriff der Schuld. Sie umfaßt außer der imputatio juris, der Zurechnung zu Vorsatz oder Fahrlässigkeit, auch die imputatio facti, die Zurechnung zur Handlung. Sie konstatiert nicht nur die Zurechenbarkeit, sondern, wie schon der Name sagt, auch die Zurechnungsfähigkeit. Und auch die Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit ist schon als Zurechnung bezeichnet worden.

Unsere Aufgabe soll nun sein, einerseits dogmengeschichtlich zu betrachten, wie der Schuldbegriff die in ihn eingedrungenen Fremdkörper wieder ausstieß, andererseits diesen Prozeß, soweit er uns sein Ende noch nicht erreicht zu haben scheinen sollte, selbsttätig zu befördern. Da das Delikt die schuldhafte, rechtswidrige Handlung eines Zurechnungsfähigen ist, die Schuld aber, wie dargetan, mit allen drei ihr im Deliktsbegriff verschwisterten Merkmalen vermengt worden ist, werden wir nacheinander abzugrenzen haben Schuld und Handlung, Schuld und Zurechnungsfähigkeit, Schuld und Rechtswidrigkeit.

I. Schuld und Handlung[1]).

Der Handlungsbegriff besagt, daß ein äußerer Erfolg durch den Willen verursacht ist. Die ältere Doktrin sah nun unter dem Einfluß der gleichzeitigen, Bedingung und Ursache unterscheidenden Kausallehre den Willen als Ursache eines Erfolges nur dann an, wenn dieser Erfolg gewollt war. Für sie besagt mithin der Handlungsbegriff, daß ein Geschehenes gewollt war. Ist es aber gewollt, so ist es auch zurechenbar. So gelangt man zu der vornehmlich von den strafrechtlichen Hegelianern (Abegg, Berner, Köstlin,

[1]) Ich bin gezwungen, hier Ausführungen aus Radbruch, Handlungsbegriff 1904 S. 68—131 zu wiederholen.

Hälschner) vertretenen Lehre, daß die Handlung begriffsnotwendig zurechenbar, vorsätzlich oder fahrlässig, schuldhaft sei, daß also der Schuldbegriff im Handlungsbegriff völlig aufgehe.

Läge nun eine Handlung wirklich nur dort vor, wo ein Geschehenes gewollt ist, so dürfte von fahrlässigen Handlungen nicht die Rede sein; eine Konsequenz, welcher die Vertreter jenes Handlungsbegriffs sich dadurch vergeblich zu entziehen suchen, daß sie unter sophistischer Ausnutzung der gangbaren Bezeichnung auch der Fahrlässigkeit als Willensschuld auch den fahrlässig herbeigeführten Erfolg als in irgend einem Sinne gewollt zu erweisen streben. Es ist aber auch die Voraussetzung, auf die sie ihren Handlungsbegriff gründen: daß nämlich Handlung Verursachung eines Erfolges durch den Willen bedeute, ein Erfolg aber nur dann durch den Willen verursacht sei, wenn er gewollt war, in ihrem zweiten Teile falsch. Der herrschenden und richtigen Kausallehre ist jede Bedingung Ursache, und Bedingung eines Erfolges kann eine willkürliche Körperbewegung zweifellos sein, ohne daß dieser Erfolg gewollt, ohne daß er überhaupt verschuldet ist. Es kann mithin Kausalzusammenhang zwischen Wille und Erfolg gegeben sein, ohne daß deshalb auch Schuldzusammenhang[2]) vorzuliegen brauchte; die Handlung ist nicht begriffsnotwendig schuldhaft; der Handlungsbegriff hat den Schuldbegriff aus sich zu entlassen und dieser zu einem besonderen Verbrechensmerkmal neben dem Handlungsbegriff zu werden.

Die Unterscheidung des Schuldzusammenhanges vom Kausalzusammenhange und damit des Verschuldens von der Handlung brachte bekanntlich nach dem Vorgange Ludens v. Buri zur Herrschaft. Aber auch heute wird sie meist noch nicht restlos durchgeführt.

Sowohl für den Schuld-, wie für den Kausalzusammenhang sind drei Etappen zu unterscheiden: Wille, Körperbewegung, Erfolg. Während man nun auf der Strecke zwischen Körperbewegung und Erfolg Schuld- und Kausalzusammenhang bereits zu trennen vermag, hält man den Kausalzusammenhang zwischen Wille und Körper-

[2]) Als Schuldzusammenhang zwischen Wille und Erfolg bezeichnet man die Tatsache, daß der Verursacher eines Erfolges sich den Kausalzusammenhang zwischen seinem Willensimpuls und dem Erfolge vorstellte oder vorstellen konnte; er ist nicht, wie der Kausalzusammenhang ein wirklicher, sondern nur ein vom Täter gedachter oder zu denkender Zusammenhang zwischen Wille und Erfolg.

bewegung nach wie vor für untrennbar verbunden mit der Gewolltheit, der Vorsätzlichkeit der Körperbewegung, also einem Schuldzusammenhange zwischen Wille und Körperbewegung; ersichtlich weil die durch den Willen bewirkte Veränderung der Außenwelt weit häufiger anders wie gewollt ausfällt, als die willentlich hervorgerufene Bewegung des eignen Leibes. Und man steht nun vor der Frage, ob man diese untrennbare Einheit von Schuld- und Kausalzusammenhang zwischen Wille und Körperbewegung zusammen mit dem Kausalzusammenhange zwischen Körperbewegung und Erfolg dem Handlungsbegriffe oder zusammen mit dem Schuldzusammenhange zwischen Körperbewegung und Erfolg dem Schuldbegriffe als Merkmal zuweisen solle.

Letzteres tut die ältere Doktrin, wenn sie zum Gegenstande des imputatio facti, der Zurechnung zur Handlung, den Kausalzusammenhang nur zwischen Körperbewegung und Erfolg, zum Gegenstande der imputatio juris, der Zurechnung zur Schuld, aber außer dem Schuldzusammenhange zwischen Wille und Erfolg den Kausalzusammenhang zwischen Wille und Körperbewegung macht[3]).

Umgekehrt fordern die Vertreter des von E. J. Bekker und Zitelmann geschaffenen, jetzt herrschenden Handlungsbegriffs, voran v. Liszt, zum Handlungsbegriffe außer dem Kausalzusammenhange zwischen Wille und Erfolg auch die Gewolltheit der Körperbewegung, ihren Schuldzusammenhang mit dem Willen.

Nun gilt aber hinsichtlich der Körperbewegung nichts andres als hinsichtlich des Erfolges: Auch sie kann durch den Willen verursacht sein, ohne gewollt zu sein; man denke an die sogenannten ungeschickten Körperbewegungen. Es kann also auch auf der Strecke zwischen Wille und Körperbewegung Kausal- und Schuldzusammenhang unterschieden werden. Und weiter ist nicht einzusehen, warum nicht auch ungeschickte Körperbewegungen, wenn sie selbst voraussehbar waren und eine voraussehbare Rechtsgüterverletzung zur Folge haben, als fahrlässige Verbrechen bestraft werden sollten. Sie würden aber, wenn man an der Untrennbarkeit der Bewirktheit der Körperbewegung durch den Willen und ihrer Gewolltheit festhielte, nach dem herrschenden Handlungsbegriff überhaupt keine Handlungen, nach der älteren Doktrin keine schuldhaften Hand-

[3]) Im Resultate gleicher Ansicht R. Loening in seinem Grundrisse.

lungen, also auch keine Verbrechen und nicht strafbar sein. Es muß also die Scheidung zwischen Bewirktheit durch den Willen und Gewolltheit, Willenswirkung und Willensinhalt, Kausalzusammenhang und Schuldzusammenhang nicht nur bis zur Körperbewegung, sondern hinauf bis zum Willen durchgeführt werden.

In diesem Sinne hat aber, soweit ich sehe, bisher nur Ernst Beling Handlung und Schuld scharf voneinander geschieden. Für die Feststellung einer Handlung genügt nach seinen Worten[4]), „die Gewißheit, daß der Täter willentlich tätig geworden, beziehungsweise untätig geblieben ist. Was er gewollt hat, ist hierfür gleichgültig; der Willensinhalt ist nur von Bedeutung für die Frage der Schuld."

Denjenigen, welchen es, sei es völlig, sei es zum Teil, unmöglich erscheint, Schuld- und Kausalzusammenhang voneinander zu unterscheiden, gesellen sich nun zwei Schriftsteller, welche es, zwar nicht unmöglich, wohl aber untunlich finden: Ad. Merkel und Liepmann, — freilich um dann umgekehrt wie die Hegelianer nicht die Schuld in den Handlungsbegriff, sondern die Handlung in den Schuldbegriff einzubeziehen, nicht die Handlung für begriffsnotwendig schuldhaft, sondern die Schuld für eine bestimmt geartete Handlung zu erklären[5]). Darüber, daß denjenigen, welcher der gewöhnlich unbegrenzten Aufgabe der Begriffsanalyse ausnahmsweise an einem gewissen Punkte Halt gebietet, die Beweislast für die Notwendigkeit dieser Ausnahme trifft, kann ein Zweifel nicht aufkommen. Die Argumente Merkels und Liepmanns erschöpfen sich nun in dem Hinweis auf den tatsächlichen Zusammenhang zwischen Schuld und Kausalität, ohne welchen es unverständlich bliebe, wie die eine von ihnen die andre erst rechtlich relevant mache, jede von ihnen ohne die andre rechtlich irrelevant sei. Man kann nun aber unbeschadet die enge Verbindung von Kausalität und Schuld anerkennen und doch auf ihre begriffliche Unterscheidung dringen. Das Bindeglied zwischen Schuld und Kausalität ist der Wille, indem er einerseits die Vorstellung der den Erfolg herbeiführenden Kausalkette bejaht, anderseits selbst den Anstoß zu seiner Verwirklichung gibt[6]). Die Einsicht, daß der Wille

[4]) Grundzüge des St.R. 2. A. 1902 S. 38. (Zusatz der neuen Auflage!)

[5]) Ich stelle damit frühere Ausführungen richtig.

[6]) Leugnen wird dies nur der psychophysische Parallelist. Für ihn ist der Wille zwar Träger des Schuldzusammenhangs, Ausgangspunkt des Kausalzu-

in beiden Reihen einer und derselbe ist, hindert aber nicht, ihn einer doppelten Betrachtung zu unterwerfen, ihn seinem Inhalte und seiner Wirkung nach getrennt ins Auge zu fassen. Für die Anschauung, daß man tatsächlich nicht Geschiedenes auch begrifflich nicht ohne Schaden unterscheiden könnte, findet sich jedenfalls bei Merkel und Liepmann kein Grund, sondern nur ein Motiv: die Merkels Denkart kennzeichnende Scheu, das was in der Wirklichkeit in lebendiger Einheit zusammenwirkt, bei ihrer begrifflichen Nachbildung in eine Vielheit toter Teile zerfallen zu sehen. Damit ist aber ihre Ansicht nur erklärt, nicht auch gerechtfertigt, wir dürfen also auch ihnen gegenüber daran festhalten, daß Schuldzusammenhang und Kausalzusammenhang, Schuld und Handlung unbeschadet ihrer tatsächlichen Verbundenheit begrifflich streng zu trennen seien.

II. Schuld und Zurechnungsfähigkeit.

Während die Ansicht einer Anzahl älterer Schriftsteller, daß alle Handlungen Zurechnungsfähiger entweder vorsätzlich oder fahrlässig seien, daß es schuldlose Handlungen Zurechnungsfähiger nicht geben könne, heute keiner Abfertigung mehr bedarf, hielt und hält die herrschende Meinung umgekehrt schuldhafte Handlungen Zurechnungsunfähiger für undenkbar. Die Zurechnungsfähigkeit ist ihr die notwendige Voraussetzung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit.

Schon in den Pandekten erscheint bekanntlich die Zurechnungsfähigkeit gelegentlich als doli oder culpae capacitas. Aber auch hier sind es erst zwei Hegelianer, Berner und Köstlin, die mit dieser von ihren Vorgängern mehr unbewußt befolgten Ansicht ernst gemacht haben.

Berner[7]) faßt Vorsatz und Fahrlässigkeit auf als Vermittelung des Willens zur Tat, die Zurechnungsfähigkeit aber als

---

sammenhangs dagegen der dem Willen entsprechende Gehirnvorgang. Für ihn ist es in der Tat ein unlösbares Rätsel, wie der psychische Vorgang der Schuld den von ihm völlig zu trennenden physischen Vorgang der Handlung rechtlich relevant machen könne, ein Rätsel, das in das umfassendere „Welträtsel" der Zuordnung bestimmter psychischer zu bestimmten physischen Vorgängen überhaupt eingeht.

[7]) Imputationslehre 1843 S. 35.

den Zustand, in dem man wollen könne, mithin als Voraussetzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Köstlin[8]) sieht in der Zurechnungsfähigkeit die Möglichkeit der Handlung, speziell der von den Hegelianern als Willensseite der Handlung aufgefaßten Schuld, also des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit.

Wir brauchen nun gar nicht erst in die Untersuchung einzutreten, ob das, was man als Zurechnungsfähigkeit zu bezeichnen pflegt, wirklich Willensfähigkeit und damit Fähigkeit zum Vorsatz und zur Fahrlässigkeit ist. Ohne weiteres ist einzusehen, daß die Zurechnungsfähigkeit Fähigkeit zu Vorsatz und Fahrlässigkeit gar nicht sein kann, wenn sie überhaupt die Eigenschaft eines besondern Verbrechensmerkmals neben Vorsatz und Fahrlässigkeit behaupten will. Denn wozu sollte es wohl dienen, die Möglichkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Person des Täters festzustellen, wenn man außer ihr doch noch ihre Wirklichkeit feststellen muß? Was wirklich ist, ist allemal auch möglich, in dem Erfordernis von Vorsatz oder Fahrlässigkeit wäre also dasjenige der Zurechnungsfähigkeit bereits enthalten und es wäre überflüssig, es noch besonders aufzustellen[9]).

Nur eine Konsequenz aus dieser Einsicht ist es deshalb, wenn man die Unterscheidung von Unzurechenbarkeit und Zurechnungsunfähigkeit überhaupt verwirft. Fälschlich freilich macht Binding[10]) nun die Unzurechenbarkeit zu einer Art der Zurechnungsunfähigkeit, die Unwirklichkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu einer Art ihrer Unmöglichkeit. Die Transformation des Urteils, daß alles Wirkliche möglich ist, ergibt nicht, daß alles Unwirkliche auch unmöglich, sondern nur, daß alles Unmögliche auch unwirklich ist. Und so folgert Berner[11]) mit Recht umgekehrt wie Binding, daß die Unmöglichkeit von Vorsatz und Fahrlässigkeit ein Fall ihrer Unwirklichkeit, die Zurechnungsunfähigkeit ein Fall der Unzurechenbarkeit sei.

Die Zurechnungsfähigkeit kann also gar nicht Schuldfähigkeit sein, und in der Tat ist auch das, was unter ihrem Namen in Gesetzen und Systemen erscheint, gar nicht Voraussetzung von Vor-

---

[8]) System I 1855 S. 132 ff.

[9]) Vgl. Hertz, Unrecht 1880 S. 139 ff.

[10]) Normen II 1877 S. 39.

[11]) Imputationslehre S. 51. 52.

satz und Fahrlässigkeit[12]). Mögen auch kleine Kinder und gänzlich Bewußtlose willens- und schuldunfähig sein, so kann man doch den Kindern, Jugendlichen, Geistesgestörten, Bewußtlosen die Fähigkeit etwas zu wollen und etwas vorauszusehen keineswegs generell absprechen. Zum weitaus größten Teile unterscheidet sie von den Zurechnungsfähigen nicht der Mangel jeglichen Wollens, sondern die Art der Motiviertheit, die Verkehrtheit ihres Wollens.

Dies ist den Hegelianern auch nicht entgangen. Es hat sie aber nicht veranlaßt, ihre Auffassung der Zurechnungsfähigkeit als Willens- und Schuldunfähigkeit aufzugeben, vielmehr umgekehrt — nach dem Spruche „umso schlimmer für die Tatsachen" verfahrend — alle diejenigen, die sich ihrer Auffassung nicht fügen wollen, die nicht willensunfähig, sondern eines, wenn auch nur verkehrten, Willens fähig sind, also insbesondere die Jugendlichen und einen großen Teil der Kinder und Geistesgestörten, aus dem Kreise der Zurechnungsunfähigen, denen sie bisher stets beigezählt wurden, auszuschließen. Sie sind ihrer Ansicht nach zurechnungsunfähig nur kraft einer unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung ihrer Willens- und Schuldunfähigkeit[13]), sind nur uneigentlich oder, mit Köstlin[14]), nur „kriminalistisch unzurechnungsfähig", sind, wie konsequent allein Berner[15]) zugibt, eigentlich nicht zurechnungsunfähig, sondern zurechnungsfähig und nur nicht „strafreif".

Damit ist zugestanden, daß dasjenige, was man von jeher Zurechnungsunfähigkeit genannt hat, Schuldunfähigkeit nicht ist. Dafür aber, daß diejenigen Fälle, die man stets als Fälle der Zurechnungsunfähigkeit bezeichnet hat, sich einem und demselben Begriffe überhaupt nicht unterordnen ließen, ist nichts beigebracht, als die vorgefaßte Meinung, daß dieser Begriff kein andrer als derjenige der Schuldunfähigkeit sein könne, und Berner selbst hat denn auch später[16]) die Ansteilung des herkömmlichen Umfanges der Zurechnungsunfähigkeit unter zwei Begriffe, die Unterscheidung der

---

[12]) Die gleiche Ansicht vertritt Heinsheimer in einem zufällig gleichzeitig im Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 95 erscheinenden Aufsatze über den § 829 B.G.B. (S. 242 ff.).

[13]) So Hertz, Unrecht 1880 S. 142.

[14]) System I S. 133—134. Ebenso v. Meyendorff, Jugendl. Alter, Züricher Diss. 1862 S. 11—12.

[15]) Imputationslehre S. 99—100, Teilnahme 1847 S. 58—61.

[16]) Preuß. St.R. 1861 S. 60.

Strafreife von der Zurechnungsfähigkeit, als „unnatürlich" zurückgenommen. Es ist also daran festzuhalten, daß die Zurechnungsfähigkeit in ihrem traditionellen Umfang einen einheitlichen Begriff bilde, und von den Hegelianern wider ihren Willen nur das zu lernen, daß dieser Begriff derjenige der Schuldfähigkeit nicht sein kann[17]).

Dieser richtigen Ansicht hat bisher nur eine Minderheit von Schriftstellern gehuldigt. Schon Feuerbach[18]) weist in seinem System der Zurechnungsfähigkeit ihren Platz nicht zusammen mit Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Lehre vom Verbrechen, sondern erst weit hinter Vorsatz und Fahrlässigkeit in der Lehre von der Anwendung der Strafe auf das Verbrechen an und gibt dadurch zu erkennen, daß ihm die Zurechnungsfähigkeit Bedingung nicht der Schuldhaftigkeit sondern der Strafbarkeit des Verbrechens ist[19]). Aber auch hier wiederum ist erst Luden[20]) aus- und nachdrücklich für die richtige Ansicht eingetreten. Wie früher schon die Erkenntnis gereift war, daß Zurechnungsfähigkeit ohne Vorsatz und Fahrlässigkeit, wird jetzt auch anerkannt, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit ohne Zurechnungsfähigkeit vorliegen könne[21]).

---

[17]) Die positive Bestimmung, daß die Zurechnungsfähigkeit in ihrem herkömmlichen Umfange zum großen Teile Strafreife sei, interessiert zwar als eine aus dem Lager der klassischen Schule kommende Bestätigung der sonst von ihr bekämpften Auffassung der Zurechnungsfähigkeit als „Empfänglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung", ist aber in unserem Zusammenhange unerheblich.

[18]) Ebenso Bauer und Geib.

[19]) In gleichem Sinne deutet die systematische Stellung der Zurechnungsfähigkeit bei Feuerbach der freilich von Luden beeinflußte Morstadt, Krit. Kommentar zu Feuerbach § 84 Anm. 3, § 82 Anm. 6, § 87 Anm. 1.

[20]) Abhandlungen II 1840 S. 72—99, 536—545, Handbuch I 1847 S. 233—235, S. 20 Anm. 2. Ebenso Bruck, Zurechnungsfähigkeit 1878 S. 33 bis 34.

[21]) Systematisch kommt dies darin zum Ausdruck, daß die Zurechnungsfähigkeit dem Vorsatze und der Fahrlässigkeit nicht mehr voranzugehen braucht, während sie dies mußte, solange sie Voraussetzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit und ihr Verständnis mithin Voraussetzung des Verständnisses der Schuldformen war. Nach Luden muß sogar die Zurechnungsfähigkeit dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit im System nachfolgen. Dies folgt aber nur aus seinem Aufbau des Systems auf die Unterscheidung von Tatbestand und Zurechnung. Vorsatz und Fahrlässigkeit gehören zum Tatbestand, die Feststellung der Zurechnungsfähigkeit ist die Aufgabe der Zurechnung. Da die Zurechnung eines Tatbestandes

Die Wichtigkeit der hier erörterten Frage nach dem Verhältnisse der Zurechnungsfähigkeit zu Vorsatz und Fahrlässigkeit liegt darin, daß sie sowohl die Frage nach dem Wesen der Zurechnungsfähigkeit, wie diejenige nach der Möglichkeit verminderter Zurechnungsfähigkeit präjudiziert, und die Erbitterung der über diese Fragen geführten Kämpfe dürfte nicht zum kleinsten Teil darauf zurückzuführen sein, daß es über jene Vorfrage zu einer Aussprache nicht gekommen ist und daß man, ohne es zu wissen, von entgegengesetzten Beantwortungen derselben ausging.

Wer nämlich in der Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit zu Vorsatz und Fahrlässigkeit erblickt, dem muß es ungereimt erscheinen, wenn sie nicht als Fähigkeit zur Schuld, sondern als Empfänglichkeit für die Strafe angesprochen wird, er müßte denn eine prästabilierte Harmonie beider Eigenschaften annehmen. Erst wenn man aufhört, die Zurechnungsfähigkeit mit Vorsatz und Fahrlässigkeit in Verbindung zu bringen, kann man überhaupt darüber streiten, ob sie besage, daß der Täter Strafe *verdiene*, oder, daß der Täter für Strafe *empfänglich* sei.

Und wer in der Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit zu Vorsatz und Fahrlässigkeit erblickt, kann auch den Sinn einer verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht richtig fassen. Ihn interessiert die Zurechnungsfähigkeit nur als Voraussetzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, und falls Vorsatz oder Fahrlässigkeit *wirklich* vorliegt, muß es ihm völlig gleichgültig sein, ob der im Täter vorher gegebene Grad der Möglichkeit ihres Vorliegens hoch oder niedrig, ob er in ihrem Sinne voll oder nur vermindert zurechnungsfähig war; für ihn gibt es keine Grade der Zurechnungsfähigkeit. Wenn eine Anzahl von Schriftstellern auf dieser Grundlage die verminderte Zurechnungsfähigkeit in der Sache dennoch dadurch

---

sein Vorhandensein voraussetzt, muß also erst von Vorsatz und Fahrlässigkeit die Rede sein, ehe die Zurechnungsfähigkeit in Frage kommt. Richtig Bruck a. O.

Aus Ludens Ansicht von Tatbestand und Zurechnung erklärt sich auch, warum er die Fälle der Schuldunfähigkeit, auf welche die Hegelianer den Begriff der Zurechnungsunfähigkeit gerade beschränken, seinerseits von diesem Begriff ausschließen zu müssen meint (vgl. Hdb. I S. 274, 280). Während nach unserer Ansicht nichts dem im Wege steht, daß jemand sowohl schuldunfähig als auch zurechnungsunfähig sei, kann nach Luden die Zurechnung immer nur verneint, d. h. die Zurechnungsunfähigkeit festgestellt werden, nachdem zuvor der Tatbestand, mithin die Schuld, mithin auch die Schuldfähigkeit bejaht ist, andernfalls fehlte es ja der Zurechnung an einem Objekt.

retten will, daß sie erklärt, was man so nenne, sei eigentlich verminderte Schuld und gelange als solche bei der Strafbemessung zur Berücksichtigung[22]), so ist erstlich der Schluß von dem Grade der Möglichkeit der Schuld auf den Grad der Schuld völlig unzulässig, und würde weiter, wenn er zuträfe, die verminderte Zurechnungsfähigkeit dadurch, daß sie aus einer Art der Zurechnungsfähigkeit zu einer Art der Schuld würde, auch in ihrem Wesen verändert. Erst wenn man die Verbindung der Zurechnungsfähigkeit mit Vorsatz und Fahrlässigkeit löst, kann also die Frage überhaupt auftauchen, ob die verminderte Zurechnungsfähigkeit als solche in der Strafgesetzgebung berücksichtigt werden solle, ob eine Gruppe in der Verbrecherwelt bestehe, die, je nach der strafrechtlichen Grundanschauung, nur für eine andre als die ordentliche Strafe empfänglich sei oder nur mildere als die ordentliche Strafe verdiene, daneben aber anderartigen Verwaltungsmaßregeln zu unterwerfen sei.

Endlich wird auf Grund der gewonnenen Einsicht auch der vielfach geäußerte Satz: die Bejahung oder Verneinung der Zurechnungsfähigkeit einer bestimmten Person sei abhängig davon, um was für einen Tatbestand es sich handle, zu revidieren sein. Denn er wird lediglich darauf gegründet, daß die Fähigkeit zur Voraussicht eines Erfolges, also die Schuldfähigkeit, bei derselben Person je nach der Kompliziertheit der Sachlage vorliegen oder fehlen kann, entbehrt also bei Aufgabe der Auffassung der Zurechnungsfähigkeit als Schuldfähigkeit jeglicher Begründung.

Die Ansicht, daß die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Schuldbegriffe notwendig enthalten sei, scheint mir widerlegt zu sein. Damit ist aber noch keineswegs nachgewiesen, daß sie, gleichviel in welcher Eigenschaft, zum Schuldbegriff nicht gehöre. Man kann zugeben, daß sie nicht Voraussetzung der Zurechenbarkeit, und doch behaupten, daß sie als selbständiges Merkmal neben der Zurechenbarkeit dem Schuldbegriff wesentlich sei, in dem Sinne, daß zur Schuld zweierlei gefordert wird: Zurechenbarkeit der Tat, Zurechnungsfähigkeit des Täters. Sie ist dann nicht mehr doli et culpae capacitas und doch Schuldfähigkeit. So bei v. Liszt und allen denen, welche die psychische Seite des Verbrechens Schuld nennen.

---

[22]) So Berner, Lehrbuch 18. A. S. 77 f.; Meyer, Lehrbuch 5. A. S. 151; E. Beling, Grundzüge 2. A. S. 49.

Nun rücken allerdings Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit eng aneinander, wenn man fragt, was das Gesetz als Voraussetzung der Strafe fordere; bilden sie doch beide zusammen die zum Verbrechen notwendige seelische Beschaffenheit des rechtswidrig Handelnden. Anders verhalten sie sich aber gegenüber der Frage, weshalb das Gesetz sie als Voraussetzung der Strafe fordere. Nicht zwar, wenn man der älteren Ansicht ist, die Zurechnungsfähigkeit entscheide darüber, ob den Charakter des Täters ein Vorwurf treffe; denn darin käme sie mit Vorsatz und Fahrlässigkeit überein. Wohl aber, wenn man mit v. Liszt annimmt, die Zurechnungsfähigkeit besage, daß der Täter für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung empfänglich sei. Alsdann verfolgt sie einen ganz andern Zweck als Vorsatz und Fahrlässigkeit, welche den Begeher einer rechtswidrigen Handlung als sozialgefährlich charakterisieren wollen. Man kann deshalb auf diesem Standpunkt, wenn man die Zurechnungsfähigkeit neben der Zurechenbarkeit zum Merkmal des Schuldbegriffs macht, die Schuld zwar ihrem Wesen nach, als die zum Verbrechen erforderliche psychische Beschaffenheit des rechtswidrig Handelnden, definieren, vermag aber einen einheitlichen Zweck der Schuld nicht anzugeben. Da man nun aber das Wesen der einzelnen Verbrechensmerkmale bei der Wortkargheit des Gesetzes fast nur der ratio legis zu entnehmen vermag, so ist bei der strafrechtlichen Begriffsbildung besonders auf jene Definierbarkeit nach Zwecken Bedacht zu nehmen, und es empfiehlt sich deshalb nicht, Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit zu einem Begriffe zusammenzuschließen.

Es zeigt sich also, daß Zurechenbarkeit und Zurechnungsfähigkeit einander auf alle Weise abstoßen, daß die letztere weder ein Merkmal der erstern noch zusammen mit ihr Merkmal eines dritten Begriffs sein will.

III. Schuld und Rechtswidrigkeit.

Die Rechtswidrigkeit, so sahen wir oben (S. 333), ist in den Schuldbegriff nur durch das Medium des Handlungsbegriffs eingedrungen, sie muß also auch mit ihm wieder ausscheiden, und es scheint mithin, nachdem wir den Schuldbegriff von den Begriffen der Handlung und der Zurechnungsfähigkeit nunmehr abgegrenzt haben, unsere Aufgabe, den Schuldbegriff von allen Fremdkörpern

zu säubern, erfüllt zu sein. Nur Vorsatz und Fahrlässigkeit sind im Schuldbegriffe zurückgeblieben; untersuchen wir nun aber, ob dem so umgrenzten Umfang des Schuldbegriffs irgend ein Inhalt entspreche, versuchen wir m. a. W. die beiden „Schuldformen" unter einen sie und nur sie umfassenden Gattungsbegriff zu bringen, so zeigt sich, daß sie sich diesem Bestreben hartnäckig widersetzen, daß mithin einer von ihnen ein ihre Vereinigung verhindernder, dem Schuldbegriffe fremder Beisatz noch anhaften muß.

„Das Urteil der Vorsätzlichkeit liegt auf dem Gebiete der Psychologie, das Urteil der Fahrlässigkeit auf dem der Ethik oder des Rechts."[23]). Vorsatz ist Wille oder Voraussicht, also ein wirklicher psychischer Zustand, Fahrlässigkeit Mangel der normalen Vorsicht, also nicht nur ein wirklicher Seelenzustand, sondern auch die Abweichung dieses wirklichen Seelenzustandes vom normalen, richtigen. Es leuchtet ein, daß man beide — eine Tatsache und eine Relation — einem sie und nur sie umfassenden Oberbegriff nicht zu unterstellen vermag[24]). Sieht man in der Schuld die Abweichung des wirklichen vom richtigen Seelenzustande, so kann der Vorsatz nicht Schuldform sein, eine Konsequenz, welche Friedrich Sturm in einer trefflichen Dissertation[25]) zu ziehen sich nicht gescheut hat. Findet man dagegen in ihr nichts als einen wirklichen Seelenzustand, so kann man der Fahrlässigkeit, soweit sie nicht Tatsache, sondern Wertung ist, nicht gerecht werden.

Um uns für das eine oder das andre zu entscheiden, ist festzustellen, welche von den beiden Seiten der Fahrlässigkeit der bereits von einem andern Verbrechensmerkmal gedeckte, mithin aus dem Schuldbegriff ausscheidbare fremde Bestandteil ist.

Zur Fahrlässigkeit gehört zweierlei: Ein psychischer Zustand: der Fahrlässige hat einen rechtswidrigen Erfolg nicht vorausgesehen, besaß aber die intellektuelle Fähigkeit ihn vorauszusehen, hat ihn also nicht vorausgesehen infolge ungenügender Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, ist also unvorsichtig gewesen. Dieser psychische Zustand genügt nun aber nicht, es tritt noch eine Wertung hinzu: die ungenügende Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, kraft deren er den für ihn intellektuell voraussehe-

[23]) So H. Seuffert, Ein neues St.G.B. 1902 S. 46.
[24]) Vgl. v. Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht 1881 S. 106.
[25]) Die strafrechtliche Verschuldung. Bennecke, Heft 41 1902 S. 46—51.

baren Erfolg nicht voraussah, muß auch geringer gewesen sein, als die Willensanspannung, Aufmerksamkeit, Vorsicht, die der Normalmensch in seiner Lage angewandt hätte: er muß also unvorsichtiger gewesen sein als der Normalmensch.

Fragen wir, was dieses zweite Erfordernis zu bedeuten habe, so gibt uns eine gangbare Definition der Fahrlässigkeit darüber Aufschluß. Neben die Bestimmung, der Fahrlässige müsse unvorsichtig gewesen sein und zwar unvorsichtiger als der Normalmensch, tritt die andre, nach welcher er etwas von ihm nicht Vorausgesehenes hätte voraussehen können und sollen. Unvorsichtiger als der Normalmensch muß er also gewesen sein, weil er nur dann den voraussehbaren Erfolg hätte voraussehen sollen, weil nur normale Vorsicht vom Rechte geboten, nur übernormale Unvorsichtigkeit rechtswidrig ist.

Und fragen wir weiter, warum bei der Fahrlässigkeit außer dem Erfolg auch seine Nichtvoraussicht rechtswidrig sein müsse, da doch zum Vorsatze nicht außer der Rechtswidrigkeit des Erfolges noch eine besondere Rechtswidrigkeit des Willens zum Erfolge gefordert wird: so ergibt sich die Antwort aus einem Vergleich mit einem andern Falle, in welchem eine doppelte Rechtswidrigkeit verlangt wird: bei dem Begehungsverbrechen durch Unterlassung muß nicht nur der Erfolg, sondern auch das Unterbleiben der Körperbewegung, die ihn hätte vereiteln können, rechtswidrig sein. Aus genau dem gleichen Grunde, wie bei der Unterlassung, wird die doppelte Rechtswidrigkeit nun auch bei der Fahrlässigkeit gefordert. Während nämlich der Vorsatz ein Wollen, eine innere Handlung ist, ist die Fahrlässigkeit Unterlassung einer inneren Handlung, der zur Voraussicht eines voraussehbaren Erfolges nötigen Willensanspannung[26]), und wie die Unterlassung einer äußeren Handlung, einer dem Täter möglichen Körperbewegung, als kausal für den Erfolg nur dann angesehen wird, wenn man sie erwarten konnte, erwartet werden konnte nur, wenn sie vom Rechte geboten war — gerade so wird auch die Unterlassung der inneren Handlung, der zur Voraussicht des voraussehbaren Erfolges nötigen Willensanspannung, nur dann als Ursache der unvorsichtigen Körperbewegung oder des Unterbleibens der vom Rechte gebotenen Körperbewegung und weiterhin des Erfolges angesehen,

[26]) So auch Wachenfeld in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie II S. 264.

wenn sie rechtlichem Gebote widerspricht; sodaß bei einer fahrlässigen Unterlassung eine dreifache Rechtswidrigkeit gefordert wird: Rechtswidrigkeit des Erfolges, Rechtswidrigkeit der Unterlassung der Körperbewegung, die seinen Eintritt hätte verhindern können, Rechtswidrigkeit der Unterlassung der Willensanspannung, bei deren Aufwendung erkannt worden wäre, daß die rechtswidrige Unterlassung der Körperbewegung den rechtswidrigen Erfolg haben werde.[27])

Das Erfordernis, daß die Unvorsichtigkeit des Fahrlässigen eine übernormale gewesen sein müsse, verhält sich also zu Fahrlässigkeit genau so, wie das Erfordernis der Rechtswidrigkeit zur Unterlassung, und von diesem sagt v. Liszt[28]) mit Recht, daß sie, nur um den Zusammenhang nicht zu zerreißen, in der Lehre von der Unterlassung behandelt werde, eigentlich aber in die Lehre von der Rechtswidrigkeit gehöre. In gleicher Weise[29]) bildet also auch

---

[27]) Man könnte einwenden: die unterlassene Vorstellung des Erfolges für rechtswidrig erklären, heißt für rechtswidrig erklären, daß der Angeklagte anstatt eines vorsätzlichen ein fahrlässiges Verbrechen begehe. Darauf ist zu erwidern: War der Erfolg als möglich vorgestellt, so wird unterschieden, ob der Täter auch bei sicherer Voraussicht gehandelt hätte oder nicht, und nur im letztern Falle Fahrlässigkeit, sonst aber (eventueller) Vorsatz angenommen. Hat dagegen der Täter sich den Erfolg überhaupt nicht vorgestellt, so wird freilich stets Fahrlässigkeit angenommen, gleichviel, ob der Täter, wenn er den Erfolg vorausgesehen hätte, seine Handlungen unterlassen hätte oder nicht. Erklären läßt sich dies nur aus einer der Schwierigkeit des Beweises wegen vom Gesetze zu gunsten des Täters aufgestellten unwiderlegbaren Vermutung, daß der Täter im Falle der Voraussicht des Erfolges untätig geblieben wäre. Während im ersten Falle jedesmal untersucht wird, ob zwischen der Vorstellung der Ungewißheit des Erfolges und der Handlung des Täters Kausalzusammenhang bestehe, wird im letztern Falle das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges zwischen der Nichtvoraussicht des Erfolges und der Handlung ein für allemal vermutet.

[28]) Lehrbuch 12./13. A. 1903 S. 135 Anm. 2.

[29]) Für Freunde äußerster Gründlichkeit sei folgendes bemerkt: Die Unterlassung der Willensanspannung muß bei der Fahrlässigkeit rechtswidrig nur deshalb sein, weil sie nur dann für das körperliche Verhalten kausal ist. Nun ist aber nach dem unter I Ausgeführten dem Schuldbegriff nur der Inhalt jenes psychischen Tatbestandes, seine Kausalität dagegen dem Handlungsbegriff zuzuweisen. Um ganz korrekt zu verfahren, hätte ich also zunächst das Erfordernis der Kausalität der Nichtvoraussicht des Erfolges für das körperliche Verhalten dem Handlungsbegriff überweisen müssen und von hier aus erst die zu ihr notwendig geforderte Rechtswidrigkeit der Nichtvoraussicht in die Lehre von der Rechtswidrigkeit verweisen dürfen.

das Erfordernis eines übernormalen Grades der Unvorsichtigkeit ein Merkmal nicht der Fahrlässigkeit, sondern der Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, und es verbleibt so dem Fahrlässigkeitsbegriff nur das Erfordernis der Unvorsichtigkeit, der Nicht-Voraussicht des vorausseh baren Erfolges. Die Wertung ist ausgeschieden und nur die Tatsache geblieben, und es läßt sich mithin nunmehr die Fahrlässigkeit unschwer zusammen mit dem Vorsatze unter einen Oberbegriff bringen.

Daß dieser Oberbegriff zu definieren ist als der Gemütszustand, der eine Handlung als für den Handelnden charakteristisch erscheinen läßt, und, wenn jene Handlung eine rechtswidrige, die aus ihr zu erschließende Gesinnung eine antisoziale ist, als Schuld bezeichnet wird; daß sich diesem Schuldbegriffe nicht nur Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern auch Gewohnheits- und Gelegenheitsverbrechertum einfügen, indem jene bestimmen, in welcher Richtung diese, in welchem Maße eine Handlung ihren Täter als antisozial charakterisiere — dies alles soll hier nicht weiter erörtert werden. Unsre Aufgabe ist mit der Säuberung des Schuldbegriffs von allen fremden Bestandteilen erfüllt, und, sollte diese Arbeit jemandem als zwecklose Begriffsjurisprudenz erscheinen, so erwidere ich ihm mit dem zumal angesichts der bevorstehenden legislativen Aufgabe beherzigenswerten Worte Arthur Schopenhauers, „daß man bestrebt sein soll, jeden Irrtum aufzudecken und auszurotten, auch wo kein Schade von ihm abzusehen, weil dieser sehr mittelbar sein und einst hervortreten kann, wo man ihn nicht erwartet: denn jeder Irrtum trägt ein Gift in seinem Innern."

20.

Über ſtrafrechtlichen Schutz des religiöſen Empfindens.

Vom Landgerichtsaſſeſſor Dr. Guſtav Jauck in Chemnitz.

Der Ausſpruch Prof. van Calkers:

„Die Frage, ob eine Reviſion unſres Strafgeſetzbuchs notwendig ſei, ſteht heute nicht mehr zur Debatte, an ihre Stelle iſt die Frage getreten: wie kann, wie ſoll geändert und gebeſſert werden?“ (Deutſche Jur.-Zeitung 1901, Nr. 1, S. 11.)

enthält die Mahnung, für ein neues, ſchöneres Gebäude materiellen Strafrechtes Bauſteine herbeizutragen und zwar für alle ſeine Teile.

Einen beſcheidenen Platz wird wie im heutigen, ſo auch im zukünftigen Strafrecht die Materie der Religionsdelikte einnehmen, während ſie früher einen viel weiteren Raum für ſich beanſpruchte. Sie iſt enger geworden einmal dadurch, daß gewiſſe früher ſtrafbare Handlungen ſtraflos geworden ſind, ſo das Fluchen und Schwören, gegen welches beſonders die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 Strafdrohungen enthielten[1]), ſo der Selbſtmord, den das kanoniſche Recht[2]) und die Carolina im Art. 135 bedroht, zum andern dadurch, daß Delikte zur beſondern Materie geworden ſind, ſo die Eidesverletzung. Im ſiebzehnten Jahrhundert tritt neben die Anſicht, daß Meineid Beleidigung der göttlichen Majeſtät ſei, die, er ſei unter die Fälſchungsdelikte zu ſubſumieren. Dann wieder wird er als erſchwerter Fall des Betrugs aufgefaßt, ſo im Öſterreich. Strafgeſetzbuch vom 27. Mai 1852, § 199a. Die Anſchauung, Meineid ſei ein Religionsvergehen, überwiegt zwar noch

[1]) Doch hält z. B. Kohler (Studien 1890, S. 170) auch heute noch Beſtrafung für angemeſſen.

[2]) z. B. c. 12 Causa XXIII Quaest. V: nulla pro illis in oblatione commemoratio fiat neque cum Psalmis ad sepulturam eorum cadavera deducantur.

lange, doch wird sie unsicherer.[3]) Das Reichsstrafgesetzbuch hat die Eidesverletzungen unter den besonderen Abschnitt „Meineid", nicht unter denjenigen: „Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen", aufgenommen. Auch hierdurch ist indessen die alte Anschauung noch nicht völlig überwunden worden. Das angesichts unsrer Eidesformel wohlbegründete Gefühl, es handele sich beim Schwur um einen religiösen Akt, bei seiner Verletzung um ein wesentlich auf religiösem Gebiet liegendes Delikt, besteht noch immer. So erklärt noch die Entsch. des R.G. 10. 339: „Der Meineid ist zugleich ein Verbrechen gegen die Religion."

Die Materie hat aber nicht nur an äußerem Umfang, sondern in gewissem Sinne auch an innerer Bedeutung verloren. Zum Teil lag ihre frühere Bedeutung in der Furcht vor schlimmen Folgen religiöser Vergehungen für die Allgemeinheit, in der Furcht vor der Rache der Gottheit begründet. Und schon weil dieser Gedanke zurückgetreten ist, strafen wir diese Delikte milder. Doch kann und wird die Entwicklung nie zur Abschaffung der Religionsvergehen führen. Das religiöse Empfinden wird, mag auch seine Ausdrucksform wechseln, mögen die Hüllen, die Religionen sich verändern, auch in kommenden Jahrhunderten noch eine der wichtigsten Grundlagen jedes Staatswesens sein, und jeder Staat wird an seiner Gesunderhaltung zu seinem Teile mitarbeiten, seine Störung auch im Strafwege bekämpfen müssen. Das Interesse an den religiösen Dingen, der Kampf um die religiösen Güter und die Beteiligung des Gesetzgebers daran werden nie verschwinden. Aber die religiösen Ideen haben sich verinnerlicht, vergeistigt. Weit hinter uns liegt, möge wenigstens liegen der Wahn, daß staatliche Machtmittel, äußerer Zwang den Kampf der Geister auf religiösem Gebiet entscheiden könnten, etwa zu Gunsten bestehender Religionen durch Unterdrückung der ihnen feindlichen Ideenäußerungen. Wie das Christentum bar aller Machtmittel auf die Erde

[3]) Das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838 bringt im VIII. Kapitel in den Art. 183—193 Meineid, Gotteslästerung, Störung gottesdienstlicher Handlungen und öffentliche Herabsetzung der Religion, und faßt dies alles zusammen unter der Überschrift: „Von Verletzung der Ehrerbietung gegen die Religion." Die sächsischen Strafgesetzbücher vom 11. August 1855 und vom 1. Oktober 1868 überschreiben hingegen die gleiche Materie schon vorsichtiger: „Von Verletzung der Ehrerbietung gegen die Religion und einigen verwandten Verbrechen."

gekommen und groß geworden ist nur durch seine innere Kraft, so kann und wird nur diese allein es stützen und erhalten. So steht es heute frei zu bekehren und abwendig zu machen. Verschwunden sind Gesetze wie:

„Das Verbrechen der Religionsstörung begeht:

. . . . wer einen Christen zum Abfall vom Christentum zu verleiten oder

wer Unglauben zu verbreiten oder eine der christlichen Religionen widerstrebende Irrlehre auszubreiten sucht."

(Österreich. Strafgesetzbuch vom 27. Mai 1852 § 122 c und d; aufgehoben durch Gesetz vom 25. Mai 1868, aber neuerdings wieder angeregt im VI. Strafgesetzentwurf, vergl. Gerichts-Saal B. 46, S. 36)

oder:

„Keine Religionspartei soll die Mitglieder der andern durch Zwang oder listige Überredungen zum Übergang zu verleiten sich anmaßen. Unter dem Vorwande des Religionseifers darf niemand den Hausfrieden stören oder Familienrechte kränken."

(A.L.R. II 11, §§ 43, 44)

und ganz eigenartig mutet es uns an, wenn noch das finnische Strafgesetzbuch von 1890 das Fernbleiben vom Gottesdienst bestraft.[4])

Es wird im künftigen deutschen Strafgesetzbuch, wie im heutigen, kein Religionsdelikt in dem Sinne geben, daß eine Handlung bestraft werde, weil sie einer Religion widerstreite, weil sie Sünde sei. Nicht die Religionen selbst werden geschützt. Mit Recht, denn einmal bedürfen sie des Rechtschutzes nicht. Sie sind Summen religiöser Lehren, lebend in der Überzeugung ihrer Anhänger. Wenn und soweit sie überhaupt lebenskräftig, entfaltungskräftig sind, sind sie stärker als jeder Angriff. Andrerseits nützt ihnen der Schutz nichts. Denn sie sind gerade insoweit angreifbar, als ihre Lehren nicht mehr in der Überzeugung der Zeitgenossen wurzeln, insoweit sind sie aber auch unhaltbar, sie gehen unter, kein Zwang kann dem Abfall von ihnen wehren. Strafrechtsschutz ist aber Zwang, er ist ebenso unfähig, Religionen zu schaffen oder

[4]) vergl. Gerichts-Saal B. 46, S. 131. In der „Strafgesetzgebung der Gegenwart" I. Band 1894, S. 323 wird hingegen nur ein Delikt: Abhalten andrer vom Besuch des Gottesdienstes erwähnt.

zu erhalten, als sie zu zerstören. Das lehrt die Geschichte unwiderleglich.

Schutzobjekt kann ferner nicht der religiöse Friede sein. Denn Strafdrohungen, die ihn wirksam schützen sollten, würden, was schweres Unrecht wäre, gerade den ehrlichen Eiferer für die Religion am meisten treffen, würden ihn zum Märtyrer stempeln und Gesinnungsgenossen entflammen, seinem Beispiele zu folgen. Wie wenig sich auf diesem Wege der religiöse Friede fördern läßt, wird von Wach, Zeitschrift für Kirchenrecht. 3. Folge, II. Band, S. 176—178 ausgeführt. Wenn daselbst S. 167 als Angriffsobjekt das religiöse Gemeinschaftsleben, als Schutzobjekt die freie Entfaltung der religiösen Vereinigungen angesehen wird, so ist dies de lege lata, zur Erklärung des § 166 St.G.Bs. von hohem Werte, aber de lege ferenda befriedigt es nicht. Denn solcher Schutz läuft auf dasselbe wie der des religiösen Friedens hinaus. Zu ihrer freien Entfaltung bedarf besonders die katholische Kirche des Kampfes, des Angriffs auf die andern Gemeinschaften. Die anderen gegen ihren Angriff wirksam schützen, heißt, ihr die Entfaltungsfreiheit nehmen. Auch den anderen Gemeinschaften — abgesehen vielleicht vom Judentum — ist die Ausbreitung Lebenselement und solche ist ohne Angriff, Kampf und Unfrieden nicht denkbar. Daß der Drang nach Entfaltung an sich vom Staate weit eher zu billigen als zurückzuhalten ist, ist unzweifelhaft[5]). Der Schutz, der nur der Gemeinschaft gilt, ist aber auch zu eng. Soll der einzelne, der — vielleicht nur zurückgestoßen von Unwesentlichem, Äußerlichem — sich außerhalb der Gemeinschaft gestellt hat, und dabei doch tief religiös fühlen kann, in seiner Religiosität völlig ungeschützt sein?

Wirkliches Schutzobjekt bei den Religionsdelikten kann nur sein: Die Einzelperson in ihrer religiösen Empfindung. Ein solcher Schutz ist nötig vor allem im Interesse des einzelnen selbst. Denn in religiösen Dingen kann ein Zwang nicht nur in positivem sondern auch in negativem Sinne ausgeübt werden. Angriffe auf das Glaubensgefühl können in solchen Zwang ausarten. Ihnen kann sich der einzelne oft weit schwerer entziehen als Angriffen auf seine körperliche Integrität oder diejenige seiner materiellen Rechts-

[5]) vergl. insbes. v. Lilienthal im Deutschen Wochenblatt 1888, Nr. 29, S. 340.

güter. Auch die Zulässigkeit von Notwehr ist hier höchst fraglich[6]). Solche Angriffe ermangeln oft jeder Befugnis, jedes irgend zu rechtfertigenden Interesses und motivieren sich lediglich durch die Lust am Stören und Zerstören. Es handelt sich also um Schutz der geistigen Freiheit der Einzelperson, es gilt, die freie Entfaltung ihres Seelenlebens vor unmotivierter Beeinträchtigung zu bewahren.

In der Tat hat auch das religiöse Empfinden des einzelnen Strafrechtsschutz genossen und zwar besonders gegen Angriffe auf den Gegenstand seiner höchsten Verehrung, auf die Gottheit. Die Strafandrohungen gegen die Gotteslästerung haben von jeher dem Schutz des religiösen Gefühles gedient, freilich ist die Erkenntnis, daß nur dies Gefühl Schutzobjekt bei dem Delikt sei, erst sehr spät gekommen. Das zeige ein kurzer Rückblick.

Im Strafrecht des Kodex erscheint die Blasphemie noch nicht losgelöst von andern Religionsdelikten, der haeresis, der apostasia; die Lehren der Häretiker werden gelegentlich Blasphemien genannt (vergl. 16 § 2 Cod. I. 5.) Doch schon in Novelle 77 treten blasphema verba als besondres Delikt auf, sie werden gleich dem Meineid gestraft als Beleidigung Gottes:

> Si enim maledicta in homines collata non inulta relinquuntur, multo magis ille, qui deum blasphematur, dignus est, ut supplicium sustineat,

und weiter, weil sie gemeingefährlich sind, denn der Lästerer ruft Gottes Zorn wach:

> propter eiusmodi enim delicta fames, terrae motus et pestes oriuntur.
>
> (nov. 77 Cap. I § 1.)

Auch bei den Kanonisten ist die Blasphemie ein besonderes Delikt. Sie gehört unter die delicta mixti fori, diejenigen, bei denen Konkurrenz zwischen geistlichem und weltlichem Richter stattfindet. In Sept. Decret. Lib. V Tit. VII Cap. I wird die

> horribilis atque impia et Christianis auribus intolerabilis divini nominis blasphemia

mit Geldstrafen, Leibes- und Ehrenstrafen bedroht, die Drohungen werden verschärft für den Rückfall; unter sie fallen auch die

> blasphemantes . . . . Filium unigenitum . . . . matrem beatissimam semper virginem Mariam,

[6]) vergl. Gerichts-Saal B. 56, S. 46 ff.

endlich werden erwähnt die

blasphemi in sanctos vel sanctas.

Es kehrt dabei auch der Gedanke der Novelle 77 wieder: infolge der Gotteslästerungen könne man sich nicht wundern,

si a Christianis populis, in tantis calamitatibus constitutis, divinae iracundiae flagella non amoveantur.

In Kap. II daselbst wird als Lästerer bezeichnet:

quicunque Deo palam seu publice maledixerit contumeliosisque ac obscoenis verbis Dominum nostrum Jesum Christum vel gloriosam virginem Mariam, eius genetricem, expresse blasphemaverit,

es wird aber auch, wenngleich mit milderer Strafe bedroht

qui vero Sanctos reliquos blasphemaverit.

Weitere Stellen über das Delikt sind insbesondre Decret. Greg. Lib. V Tit. XXVI de maledicis Cap. II:

Statuimus, ut si quis contra Deum vel aliquem Sanctorum suorum et maxime beatam Virginem in blasphemiam publice relaxare praesumpserit . . .

und — ähnlich — Institut. Juris Canon. Lib. IV Tit. V de Sortilegiis, maledicis et sacrilegiis:

Diversa est poena maledicorum: nam si quis in Deum, vel aliquem Sanctorum lingam in blasphemiam publice relaxare ausus fuerit poenae, iuxta Gregorianae constitutionis tenorem, subdendus erit. —

Die Carolina (Art. 106) formuliert:

Item so eyner Gott zumist, daß Gott nit bequem ist, oder mit seinen Worten Gott, das jm zusteht abschneidet, der almechtigkeyt Gottes, sein heylige mutter die jungkfrauw Maria schendet. . .

In der Reichspolizeiordnung von 1577 I. 1—5 werden Gott, die allerheiligste Menschheit unsres Erlösers und die göttlichen Sakramente als Angriffsobjekte der Lästerung genannt.

Nach A.L.R. II. Teil 20. Titel § 217 begeht das Delikt

wer durch öffentlich ausgestoßene grobe Gotteslästerungen zu einem gemeinen Ärgernis Anlaß gibt.

Das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838 bringt das Delikt im Art. 189:

Wer die der Religion schuldige Ehrerbietung durch Gotteslästerung öffentlich verletzt, soll mit Gefängnis . . . .

weiter aber wird Art. 193 bedroht:

Die öffentliche Herabwürdigung von Gegenständen der Verehrung einer im Staat anerkannten Religion.

Beides wird zusammengefaßt im Gesetz vom 4. April 1851, Art. 6. In der Form:

Wer zum öffentlichen Ärgernisse in Wort oder Schrift über Gott oder göttliche Dinge oder über andere Gegenstände der religiösen Verehrung oder über Religionslehren oder Gebräuche, verhöhnende oder verächtliche Äußerungen sich erlaubt, ingleichen wer in Kirchen oder anderen zur Gottesverehrung bestimmten Orten, oder an Gegenständen, welche dem Gottesdienst gewidmet sind oder eine kirchlich-symbolische Bedeutung haben, beschimpfenden Unfug verübt, ist mit Gefängnis . . . . . .

wurde sodann das Delikt in das Sächsische Strafgesetzbuch vom 11. August 1855 (daselbst Art. 232) übernommen. Art. 234 desselben Gesetzes beschränkt aber den Strafschutz auf die vom Staate anerkannten Religionsgesellschaften. Das Sächs. Strafgesetzbuch vom 1. Oktober 1868 behält das Delikt (daselbst Art. 232) bei, fügt nur vor „verhöhnende" noch ein „herabwürdigende."

Vorbildlich für das Reichsstrafgesetzbuch wurde der § 135 des Preußischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851, nach welchem das Delikt begeht,

wer öffentlich in Worten, Schriften oder anderen Darstellungen Gott lästert. . . . . .

Endlich das Reichsstrafgesetzbuch selbst im § 166:

Wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Ärgernis gibt. . . . .

So verblaßt das Empfinden, daß durch die Gotteslästerung die Gottheit selbst beleidigt, verletzt werde, es verschwindet allmählich die Idee, als ob der Angriff auf Gott selbst, als ob das Moment der Sünde in der Lästerung das für die Strafdrohung ausschlaggebende sei. Statt dessen tritt der Gedanke hervor, daß auch bei diesem Delikt menschliches Interesse verletzt werde, er zeigt sich erst dunkel im Erfordernis der Öffentlichkeit, dann gewinnt er festere Gestalt im Erfordernis des Ärgernisgebens. Die Entwicklung führt weg vom Schutze der Religion als solchen, sie drängt hin zum Schutze der Einzelperson in ihrer religiösen Empfindung.

Das Reichsstrafgesetzbuch, welches die Materie der Religionsvergehen mit der Tendenz erschöpfender Regelung, also unter Aus-

schluß des Landesstrafrechts[7]) behandelt, erkennt in gewissem Umfang ein Rechtsschutzbedürfnis für das religiöse Empfinden an. Zu dessen Schutz dienen im weitern Sinne die §§ 243 Z. 1, 304. In diesen sind Qualifikationen für diejenigen Fälle des Diebstahls, der Sachbeschädigung geschaffen, in denen Diebstahlsobjekt, Beschädigungsobjekt gewisse res sacrae sind. Ferner § 306 Z. 1, worin die vorsätzliche Inbrandsetzung eines zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmten Gebäudes vor der Brandstiftung an anderen Gebäuden (§ 308) hervorgehoben wird. Weiter stellt § 196 den beleidigten Religionsdiener einem beleidigten Beamten gleich. Es wird ferner die Sonntagsheiligung geschützt durch das Blankettgesetz § 366 Z. 1.

Ob auch § 189 hierher zu rechnen sei, oder ob es sich hier nur um Schutz der Ehre der Eltern, Kinder, Ehegatten des Verstorbenen oder der Familie selbst als Gesamtpersönlichkeit[8]) handelt, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls hat der Gesetzgeber auch Schutz für das Gefühl, mit dem die genannten Hinterbliebenen des Verstorbenen gedenken, schaffen wollen. Der norddeutsche Entwurf schützte in seinem § 165 — unter dem Abschnitt „Vergehen welche sich auf die Religion beziehen" — das Andenken eines Verstorbenen vor übler Nachrede, nicht nur, wie § 189 St.G.Bs., vor Verleumdung. Die Motive zu § 165 des Entwurfs weisen dabei darauf hin, daß in demselben Geiste, wie bei den Delikten der Störung des Gräberfriedens und des Unfugs am Grabe die Pietät der Lebenden, hier das reine und tiefe Gefühl, mit dem die Nachgebliebenen des Toten gedenken, geschützt werde, und bezeichnen dies Gefühl als ein religiöses.[9])

Im engern Sinne gehören hierher die §§ 166—168 St.G.Bs., in welchen Handlungen mit Strafe bedroht sind, die Verletzungen religiösen Empfindens teils notwendig mit sich bringen, teils hierzu wenigstens ganz besonders geeignet sind.

---

[7]) vergl. Kohler, Studien, S. 224; a. M. wohl nur Binding, Handbuch, S. 322.

[8]) So v. Liszt, Lehrbuch 1891, S. 353. Binding, Lehrbuch, S. 188: verletzt werde das gute Andenken des Verstorbenen bei den ihn Überlebenden, dieses sei ein besonderes Rechtsgut. Wahlberg in Holtzendorffs Handbuch B. 3, S. 272 geschützt werde das Heiligtum des sittlichen Nachlasses eines Verstorbenen.

[9]) Nutzen und Anwendbarkeit des § 189 ist wohl überhaupt nicht hoch zu bemessen, vergl. darüber Gerichts-Saal B. 48, S. 197 ff., B. 54, S. 434 ff.

Die Zusammenstellung ist eine unsystematische; auch jeder Paragraph enthält in sich wesentlich verschiedenes.[10]) Für die Zusammenfassung der drei im § 166 enthaltenen Vergehen läßt sich ein entfernter Anklang an die gemeinrechtliche Teilung der blasphemia in 1) directa (immediate in deum admissa) et attributiva 2) directa, et derogativa 3) indirecta (realis seu symbolica) anführen.[11]) Betrachtet man die Delikte unter den Gesichtspunkten, welche entfernere oder innigere Beziehung haben sie zum religiösen Leben überhaupt, welchen — schwächeren oder stärkeren — Schutz gewähren sie dem religiösen Gefühl im besonderen, so ergibt sich Folgendes:

I.

Nur in ganz losem Zusammenhang mit der Religiosität stehen noch die im § 168 zusammengefaßten und durch den dritten Tatbestand des § 367 Z. 1[12]) ergänzten Delikte: unbefugte Wegnahme einer Leiche oder (367, 1) eines Teiles einer solchen aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person, unbefugte Zerstörung oder Beschädigung eines Grabes, beschimpfender Unfug an einem Grabe. Diese Delikte haben heute ihren religiösen Untergrund verloren, ihre Beziehung zum religiösen Empfinden ist vorwiegend historisch. Der Glaube an die Unvergänglichkeit der Toten, an ihr geheimnisvolles Fortleben bewirkte, daß man den Ort ihrer Bestattung mit besondrer Weihe umgab. Wer den Frieden der Leiche oder des Ortes, da sie lag, störte, der verletzte religiöse Satzungen.[13]) Aber heute bedarf es solcher Vorschriften, wie im § 168, auch aus völlig anderen Gründen z. B. aus sanitätspolizeilichen und solchen der öffentlichen Ordnung. Es bedürfte ihrer ebensogut in einem Staate, in welchem — wenn es einen solchen je geben könnte — alle Volksgenossen Leugner von Gottheit und Unsterblichkeit wären. Wenn Meves im Gerichts-Saal 27,

---

[10]) So Olshausen und Binding, der im Lehrbuch, S. 177 die Paragraphen „drei wenig erfreuliche Mischgesetze" nennt. Dagegen behauptet Kohler, S. 224 (Anmerkung) Homogenität der Tatbestände.

[11]) vergl. Meves Gerichts-Saal B. 27, S. 332, 333, und Wahlberg in v. Holtzendorffs Handbuch B. 3, S. 269.

[12]) Die ersten beiden Tatbestände vom § 367 Z. 1 sind Polizeidelikte, sie kommen für unsere Gesichtspunkte nicht in Frage.

[13]) vergl. Binding, Lehrbuch, S. 184.

365 auf Grund der Entstehungsgeschichte und der Einreihung der Delikte unter die „Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen" schließt, nur diejenige Leichenwegnahme sei strafbar, die zugleich eine Verletzung des religiösen Gefühles mit sich bringe, so ist dies bedenklich, zum mindesten irreführend. Verletzung religiösen Gefühls ist — wie nach dem Wortlaut trotz der Entstehungsgeschichte angenommen werden muß — nicht Tatbestandsmerkmal. Meves gibt S. 366 auch zu, daß es des Nachweises, ob überhaupt und wessen Gefühl verletzt sei, nicht bedürfe. Keinesfalls muß hier das religiöse Empfinden das dem Täter bewußte Angriffsobjekt sein. Es fällt auch nicht jeder dieses Empfinden verletzende Angriff gegen Leiche oder Grab hierher. Inwiefern auch das dem religiösen nahe verwandte Pietätsgefühl nur unvollkommen durch die Delikte geschützt wird, hat Crusen, der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, besonders Bl. 72 ff. ausgeführt.

Daß die Materie der Delikte gegen Leiche und Grab einer Neuordnung bedarf, erhellt schon aus der entsetzlichen Tatsache, daß Leichenschändung — als solche — straflos ist. Auch der Schutz der aus der Feuerbestattung hervorgegangnen menschlichen Reste wird berücksichtigt werden müssen. Ich glaube bestimmt, daß die zukünftige Gesetzgebung diese Materie von den Religionsdelikten trennen wird.[14])

II.

Auch bei dem Delikt der öffentlichen Beschimpfung einer der christlichen Kirchen oder einer anderen mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehenden Religionsgesellschaft oder ihrer Einrichtungen oder Gebräuche, dem zweiten Delikt des § 166, ist das religiöse Empfinden nicht eigentliches Schutzobjekt. Geschützt sollen werden nur die genannten Kirchen, Religionsgesellschaften als solche und zwar nur gegen Beschimpfung, nicht gegen Verspottung, Verhöhnung, Verleumdung. Es werden nicht geschützt ihre Lehren, sofern wenigstens nicht ein dem Täter bewußter Zusammenhang der Lehre mit der Einrichtung, dem Gebrauch oder der Gesellschaft selbst besteht.[15]) Der Schutz kommt nicht zu den

[14]) Für die Zusammengehörigkeit mit den Religionsdelikten tritt ein v. Villnow im Gerichts-Saal B. 31, bes. S. 516, 525, 526.

[15]) vergl. Wach, Zeitschr. für Kirchenrecht 3. F. II. B., S. 168, 169, Kohler, Studien, S. 176–181.

Gegenständen der Verehrung. Man sieht, eine überaus enge Formulierung.

III.

Schutz für die freie Betätigung religiösen Empfindens gewährt — wiederum freilich in eng begrenzter Weise — das erste Delikt des § 167. Hier wird mit Strafe bedroht, wer durch eine Tätlichkeit oder Drohung jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben [16]). Es werden also weder alle Akte der Religionsbetätigung geschützt, noch trifft die Strafdrohung alle unmotivierten Eingriffe in dieselben.

IV.

Umfassender ist schon der Schutz in dem dritten Delikt des § 166 und dem zweiten des § 167: Verübung beschimpfenden Unfugs — Erregung von Lärm oder Unordnung mit dem vom Vor-

[16]) Das Delikt scheint auf den ersten Blick nichts als ein qualifizierter Spezialfall der Nötigung zu sein. Nur tritt an die Stelle des Nötigungsmittels „Gewalt" hier jede Einwirkung auf den Körper des zu Hindernden, auch ohne unmittelbaren Angriff (vergl. Kohler S. 188, der aber abweichend von der herrschenden Ansicht annimmt, das Delikt könne nur gegen Religionsdiener begangen werden), statt des Mittels „Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen" hier Androhung von Übeln im allgemeinen. Doch besteht ein tieferer Unterschied. Bei der Nötigung findet die Strafdrohung nicht ihre Begründung in dem Erzwingen eines Handelns, Duldens, Unterlassens. Auf dieses, auf seine Erzwingung in andrer Weise kann ein Recht bestehen. Vielmehr ist das gewählte Mittel strafbegründendes Moment. Die Strafdrohung cessiert nur, wenn auf Anwendung dieses Mittels ein Recht bestand. Es bedurfte deswegen im § 240 der Hervorhebung des Momentes der Widerrechtlichkeit des Mittels. Die Hervorhebung ist erfolgt durch die Wortstellung: „widerrechtlich durch Gewalt . . . . . nötigt;" nicht etwa heißt es „durch Gewalt . . . . widerrechtlich nötigt". Im § 167 aber wird verpönt ein an sich widerrechtliches, nur in Ausnahmefällen, z. B. bei vorliegender Ausübung des Erziehungsrechts der Widerrechtlichkeit ermangelndes Handeln: Das Erzwingen der Nichtausübung des Gottesdienstes durch Tätlichkeit, Drohung. Nicht das gewählte Mittel ist wesentlich strafbegründendes Moment, sondern das Handeln an sich. Es bedarf hier der Hervorhebung des Momentes „widerrechtlich" nicht. Deshalb würde beim Vorliegen eines Rechts, jemand an Ausübung des Gottesdienstes zu hindern, die Strafdrohung aus dem § 167 cessieren, wenngleich ein Recht auf Anwendung von Tätlichkeiten, Drohungen für den Täter nicht bestand. Das kann z. B. praktisch werden, wenn auf jemandes Grund und Boden gegen seinen Willen Gottesdienst abgehalten wird. (Ähnliche Beispiele bei Kohler S. 192.) Hiernach erscheint es mir bedenklich, das Delikt, wie Binding, Lehrbuch S. 182 tut, seinem Wesen nach Nötigung zu nennen.

satz umfaßten Erfolg der Verhinderung oder Störung des Gottesdienstes oder einzelner gottesdienstlicher Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft — beides in einer Kirche oder in einem andern zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte. Beide Delikte bewahren also die zur Betätigung des religiösen Empfindens bestimmten Orte vor unziemlichem Tun. Das erste bewahrt die Orte schlechthin, gleichviel ob zur Zeit religiöse Akte darin stattfinden oder nicht[17]), das zweite bewahrt sie nur für die Zeit solcher Akte. Die Strafdrohung trifft also nur gewisse nach Örtlichkeit, Zeit und Ausführungsart scharf begrenzte Eingriffe. Akte der Gottesverehrung der Einzelperson, gottesdienstliche Akte im Freien oder in Privaträumen (abgesehen von solchen in Friedhöfen und Privatkapellen) bleiben ungeschützt.

V.

Dasjenige Delikt, bei welchem das religiöse Empfinden direktes Objekt des Angriffs ist, das einzige Delikt, in welchem seine Verletzung in wenigstens einem Menschen notwendiges Tatbestandsmerkmal ist, ist die Gotteslästerung, deren Wortlaut oben schon angeführt ist.

Die Strafdrohung trifft alle schriftlichen oder mündlichen Äußerungen, die in besonders nach der Form[18]) doch auch nach dem Inhalt roher, verletzender Weise Verachtung dokumentieren gegen die Gottheit, wie deren Begriff in den Bekenntnissen der christlichen Kirche und der andern mit Korporationsrechten innerhalb des Deutschen Reichs bestehenden Religionsgesellschaften niedergelegt ist, sofern die Äußerungen unmittelbar wahrnehmbar von einem größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreis abgegeben worden sind und durch die Abgabe selbst ein Ärgernis bei jemand erregt worden ist[19]). So hat dieses

[17]) Vergl. R.G. Bd. 32 S. 212, 213.

[18]) R.G. Bd. 30 S. 196: Das Charakteristische ist die Roheit der Ausdrucksweise.

[19]) Streit besteht hauptsächlich über den Gottesbegriff. Die oben gegebene Erklärung beruht auf R.G. Bd. 6 S. 77. Hiermit stimmen überein v. Liszt S. 409, Schwarze 1884 S. 489, Berner, Lehrbuch 1891 S. 431, Schütze 1874 S. 347, Oppenhoff 1896 zu § 166, Frank 1901 zu § 166, Rüdorff-Stenglein daselbst; Fuld im Magazin f. d. dtsche. R. Bd. III S. 93. Andrer Meinung sind Hälschner II S. 704 Nr. 3, Meyer, 4. Aufl., § 140 S. 1010, Merkel S. 371, Kohler S. 165, v. Villnow, Ger.-Saal 31, 528, Bott, Zur

Delikt, welches das religiöse Gefühl in seinem Kernpunkt, im Gottesbewußtsein zu schützen berufen ist, eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen, die, nur vom Gesichtspunkt dieses Schutzes aus betrachtet, fremd, zufällig, innerlich wenig berechtigt erscheinen.

Hiernach beantworte ich die Frage, inwieweit des R.St.G.B. dem religiösen Empfinden Schutz gewährt, allgemein dahin: Die Schutzwürdigkeit erkennt das Gesetzbuch zwar an, der gewährte Schutz ist aber eng begrenzt, denn die Strafdrohungen treffen nur gewisse Angriffe, die nach Art und Weise, Örtlichkeit, Gelegenheit, Erfolg — also überwiegend nach äußerlichen Momenten genau abgegrenzt sind. Das Gesetzbuch ist weit davon entfernt, dem Empfinden einen umfassenden, nur durch allgemeine Gesichtspunkte begrenzten Strafschutz zu gewähren.

Ist nun die Beschränkung des Schutzes auf einzelne Fälle überhaupt, auf die Fälle des Strafgesetzbuchs insbesondere innerlich gerechtfertigt?

Die Unzulänglichkeit der in Frage stehenden Bestimmungen ist in der Literatur vielfach betont worden. So kritisiert Wach, Zeitschrift für Kirchenrecht, 3. Folge II. Band, in vielfacher Hinsicht den § 166. Berner (1891 S. 431) bekämpft scharf das Erfordernis der Ärgerniserregung. Auch Scholl, Z XIII 280 ff. hält das subjektive Ärgernis als zur Grundlage für ein Strafverfahren ungeeignet. Fuld, Archiv für Strafrecht, Bd. 39 S. 142 ff. findet einen Widerspruch darin, daß der Staat durch Verfolgung der Gotteslästerung von Amts wegen dies Delikt

---

Lehre von den Religionsvergehen S. 22, die auf das höchste Wesen, wie es allen monotheistischen Religionen gemeinsam ist, zukommen. Binding (Lehrbuch S. 179) will „Gott" genommen wissen nicht in der Auffassung einer der korporationsberechtigten Religionsgesellschaften, auch nicht im Sinne eines philosophischen Systems oder einer polytheistischen Religion, sondern „nach derjenigen geschichtlichen Auffassung, worin die Aufstellung der Blasphemie von je ihren Grund hatte: als höchstes, vollkommenes persönliches Wesen". Ferner ist fraglich, ob auch bildliche Darstellungen genügen. Hierfür Berner S. 431, Schütze S. 346, v. Villnow S. 530, Oppenhoff Nr. 3, Meoes, Ger.-Saal 27, 336, Kohler S. 169. Andrer Meinung: Olshausen, Hälschner S. 706 Nr. 2, v. Liszt S. 410, Meyer S. 755, Fuld S. 99, Bott S. 26.

Endlich ist bestritten, ob der Erfolg: Erregung von Ärgernis, beabsichtigt, zum mindestens gebilligt sein muß oder nicht. Im erstern Sinne: Hälschner S. 706, Olshausen, Frank, im letztern: R.G. B. 30 S. 200 und Binding, Lehrbuch S. 178.

als gegen eine der Grundlagen der öffentlichen Ordnung gerichtet kennzeichne, anderseits durch das aufgestellte Erfordernis des Ärgernisses dartue, daß es sich nur um Verletzung subjektiven Interesses handele. Er fordert statt dessen ein allgemeines Delikt der Verletzung des religiösen Gefühls der Bekenner einer im Staatsgebiete geduldeten Religion. Derselbe Verfasser wünscht im Magazin, Bd. III S. 101 für die Zukunft Straffreiheit für die Gotteslästerung. Meines Ermessens sehr zu Unrecht.

— Wie im § 166 teilweise Nebensächliches geschützt wird, während das Heiligste, Ehrwürdigste vielfach ungeschützt bleibt, wird von Bott S. 36 und v. Lilienthal, Deutsches Wochenblatt 1888 Nr. 29 S. 341 ausgeführt. Endlich bemängelt Crusen, Rechtsgut der Pietät, bes. Bl. 72 ff. den § 168.

Aber die Schwierigkeiten beim Betreten neuer Bahnen in diesem „heiklen Gebiet“[20]) sind groß. Zunächst wird die Beantwortung der Frage, ob dem religiösen Empfinden ein starker Strafrechtsschutz zu gewähren sei oder ein schwacher, vielleicht gar keiner, verschieden ausfallen je nach der Bedeutung, die der Antwortende den religiösen Dingen überhaupt zumißt. Der jeder positiven Religion feindliche, der Atheist wird geneigt sein, jeden besonderen Schutz zu versagen, er wird Bewegungsfreiheit für das Individuum in der Richtung verlangen, daß es in das religiöse Empfinden andrer eingreifen dürfe, soweit dies nur die sonstigen Strafgesetze zulassen. Dagegen wird der Eiferer für eine Religion, Konfession einen viel zu weitgehenden Schutz verlangen, insofern er auch aus berechtigten Motiven hervorgehende Angriffe auf fremdes religiöses Empfinden bestraft wissen möchte, anderseits wird er den Schutz zu eng fassen, indem er ihn nur für sein Bekenntnis beanspruchen wird.

Beider Anschauungen sind gesetzgeberisch unbrauchbar. Die des erstern — wie schon oben ausgeführt wurde — gerade um der Freiheit der Einzelperson willen. Die des zweiten, weil sie den Gesetzgeber in die religiös-philosophischen Fragen hineinzieht. Er darf aber zu ihnen nicht Stellung nehmen — heutzutage nicht mehr — er muß über ihnen stehen. Er muß dem geistigen Kampfe auf religiösem Gebiet freie Bahn lassen und kann nur dort eingreifen, wo er in unberechtigter Form geführt wird. Dort darf er nicht nur, dort muß er eingreifen und schützen. Ob aber die Formen

[20]) So v. Gernerth, Z XI 317.

unberechtigte sind, läßt sich nicht durch das Herausgreifen einzelner Kreise von Fällen, wie das Strafgesetzbuch tut, entscheiden, sondern nur nach Grundsätzen. Es muß eine prinzipielle Scheidung erfolgen, es muß durch eine Linie das Gebiet strafbarer Verletzungen des religiösen Empfindens von dem nicht strafbarer abgegrenzt werden.

Ich weiß, daß das Abstrahieren gerade in dieser Materie besondere Gefahren hat. Aber gerade diese Materie verlangt es auch. Wo es sich um Schutz seelischen, geistigen Gutes handelt, können nicht einzelne Fälle seiner Verletzung strafbar sein, während andre straflos bleiben, die nur in örtlichen, zeitlichen oder andern äußerlichen und zufälligen Umständen abweichen.

Der Schutz muß zunächst zugute kommen dem religiösen Empfinden eines jeden. Denn jedes religiöse Empfinden, sofern es nur weder unsittlich noch unsinnig ist, ist des Strafrechtsschutzes wert. Der Staat hat an Entfaltung gesunden religiösen Sinnes, er zeige sich in welcher Religionsgemeinschaft er wolle, ein hervorragendes Interesse. Es ist falsch, wenn behauptet wird, das religiöse Gefühl sei zu individuell verschieden, als daß ihm vollkommener Schutz gewährt werden könnte (vergl. Bott S. 15, 16). Zwar um Schutz des Gefühls der Einzelperson, aber nicht um Schutz jedes im einzelnen Individuum vielleicht zu krankhafter Empfindsamkeit ausgearteten Gefühls handelt es sich, so wenig als bei der Beleidigung um Schutz eines übertriebenen, etwa in Standesvorurteilen oder sonstwie begründeten Ehrbegriffes, sondern um Schutz verständigen Glaubensgefühls, wie es in den Anhängern jeder der mir in Deutschland bekannten Religionsgemeinschaften eine Stätte haben kann.

Es bedarf also keines Privilegs zu gunsten einzelner Bekenntnisse, auch nicht der christlichen Kirchen oder der im Staate bestehenden Religionsgesellschaften. Die Forderung, jedes und nicht bloß das „vom Staate gebilligte" religiöse Gefühl müsse geschützt werden, wird schon im Norddeutschen Entwurf[21]) erwähnt. Sie wird abgelehnt nur um der Besorgnis willen, es werde der Strafschutz auch Vereinigungen zugute kommen, deren rein religiöser Charakter zweifelhaft sei. Wenn man, wie oben ausgeführt ist, nicht religiöse Vereinigungen als solche, sondern nur das religiöse

[21]) Vergl. Motive zu § 163–166 daselbst.

Gefühl des einzelnen Menschen als Schutzobjekt gelten läßt, so wird diese Besorgnis hinfällig. Die Frage, ob eine Äußerung oder sonstige Handlung gerade gegen dieses sich richtet, ob sie gerade dieses zu verletzen geeignet sei und es verletzt hat, wird fast immer leicht zu beantworten sein. Eine Schwierigkeit ist in Ausnahmefällen denkbar, z. B. wenn es sich um Abgrenzung des religiösen gegen das Pietätsgefühl handelt. Solche Ausnahmefälle können nicht rechtfertigen, daß von dem meines Ermessens unumstößlichen Grundsatz abgegangen werde: Jedes religiöse Empfinden, sein Träger gehöre an, welchem Bekenntnis er wolle, hat einen gleichen Anspruch auf Schutz.

Das Empfinden ist aber des Schutzes nach zwei Richtungen hin bedürftig. Es will einmal selbst nicht gekränkt, verletzt werden und zum andern will es sich äußern, sich in Akten betätigen, die für die Außenwelt wahrnehmbar sind, und hierin nicht gestört, gehindert werden. Und daraus erhellt ohne weiteres eine Zweiteilung der möglichen Delikte: Beeinträchtigung des religiösen Empfindens als solchen und Beeinträchtigung von Lebenserscheinungen, Akten, die als Äußerungen religiösen Empfindens auftreten. Dort ist der Eingriff in das Empfinden selbst notwendiges Tatbestandsmerkmal, hier wird der Eingriff in den äußeren Akt mit Strafe bedroht, gleichviel ob im speziellen Falle Empfinden verletzt ward oder nicht, doch um der hohen Wahrscheinlichkeit willen, daß dies geschah, um seiner Gefährdung willen.

Wieweit kann nun in der ersten Richtung Schutz eintreten? Nur insoweit, als nicht die Freiheit der Meinungsäußerung dadurch ungebührlich eingeschränkt wird. Denn auch an dieser als einem wesentlichen Teil der geistigen Freiheit der Einzelperson und einem Hauptfaktor des geistigen Fortschreitens besteht ein hervorragendes Interesse. Deshalb darf der Ausdruck der Überzeugung in religiösen Dingen, auch wenn hierdurch die fremden religiösen Überzeugungen auf das Schärfste angegriffen werden, nicht gebunden sein. Die Freiheit des religiösen Gesprächs, führe es auch oft zur Überredung zu Irrtümern, muß gewahrt bleiben, und zwar für alle Volksgenossen. Kein Privileg für Äußerungen wissenschaftlichen Charakters! Denn einmal ist der Begriff des Wissenschaftlichen gerade in religiösen Dingen verschwommen, und dann darf das Recht, Wahrheit im religiösen Gespräch zu suchen und das als wahr Erkannte andern mitzuteilen, nicht an Personen, nicht an

Vorstudien gebunden sein. Es darf der Ungebildete, der andre zu seiner religiösen Anschauung zu bekehren sucht, darin so wenig behindert sein als der Philosoph, weil in jenem dasselbe Maß ehrlichen Wahrheitsdranges liegen und sich betätigen kann, wie in diesem. Und der erstere, der oftmals gern über religiöse Dinge redet, wird, wenn er irrt, doch den Keim zur Gesundung von seinen Irrtümern fast eben so oft in sich tragen, als der Gelehrte. Vor Irrtum schützt ja — besonders in religiösen Dingen — keine Wissenschaft. Jeder Überzeugungsausdruck auf religiösem Gebiete ist — dem Strafrichter gegenüber — so frei, so berechtigt wie der andre. Mag nur Überzeugung gegen Überzeugung ringen, die bessere wird ja doch siegen!

Die Freiheit des Ausdrucks eignen, die Freiheit des Angriffs fremden religiösen Empfindens hat nur eine Grenze; keine in der Beziehung zum Religiösen liegende, dieser Materie allein eigne, sondern nur diejenige, an welcher der Meinungsausdruck auf jedem Gebiet halt machen muß. Die Freiheit geht nur so weit, als nicht dem fremden Empfinden Mißachtung ausgedrückt, es herabgewürdigt, verunglimpft wird. Besteht schon ein Bedürfnis, den Menschen ganz allgemein vor positiver Nichtachtung, vor Zufügung von Seelenschmerz durch Handlungen, die ihn in seinem idealen Kern, seinem innersten Selbst treffen[22]), zu schützen, so wird dies Bedürfnis noch gesteigert bei einem menschlichen Gefühl, an dessen Gesunderhaltung der Staat so erheblich interessiert ist, wie an der des religiösen.

Bei weitem die meisten Angriffe mißachtenden, herabwürdigenden Charakters werden rein zersetzende, rein negative Akte sein, die nicht dem Suchen nach Wahrheit, vielmehr der Sucht nach billigem, seichtem Witz oder dem Bedürfnis zu Schmähen dienen. Daß auch die Wissenschaft eines Privilegs, gerade in Verachtung kundgebender Weise fremdes religiöses Empfinden anzugreifen, nicht bedarf, steht für mich außer Zweifel. Ich wiederhole hier nur Meves Worte[23]): „Kann denn die wissenschaftliche Kritik sich keiner Form bedienen, die frei ist von Beleidigungen? . . . . Die Kritik,

---

[22]) Wenn man v. Bars Theorie der Beleidigung (Ger.-Saal Bd. 52 S. 81 ff.) zu Grunde legen will.

[23]) Ger.-Saal Bd. 27 S. 349. Auch Haager: Beitrag zur Lehre von den Religionsvergehen, spricht sich insbesondere S. 46 scharf aus gegen die schrankenlose Freiheit, mit Schimpfen religiöse Kämpfe zu führen.

die dieses Charakters nicht zu entbehren vermag, ist keine gesunde und legt Zeugnis ab für ihre Schwäche."

So halte ich die Verletzung des religiösen Empfindens insoweit für strafwürdig, als sie durch Angriffe herabwürdigender Natur, durch Kundgebungen der Verachtung geschieht. Die Verachtung kann dabei ebensowohl dem Empfinden direkt bezeigt werden, als den Tatsachen seines Glaubens, den Gegenständen seiner religiösen Wertschätzung. Der Täter muß als das Ziel seines Angriffes gerade das religiöse Gefühl, den Angriff selbst als einen gerade diesem Verachtung bekundenden erkennen. Die entsprechend der Subjektivität des Angegriffenen in Wirklichkeit eingetretene Verletzung des Gefühls muß der nicht außerhalb des Willens des Angreifers liegende, zum mindestens für den Fall des Eintretens gebilligte Erfolg sein. In diesem Sinne muß der Täter „vorsätzlich" handeln, ich sage nicht „absichtlich", weil ich den unter Umständen schwierigen Beweis, daß die Willensrichtung gerade auf Hervorbringung des eingetretenen Erfolgs gegangen sei, nicht fordern möchte.

In diesen Grenzen halte ich jeden Angriff für strafwürdig, er mag mündlich, schriftlich, bildlich oder sonstwie in Erscheinung treten, er mag öffentlich oder nur von Person zu Person geschehen.

Die Frage, ob die Verletzung eine direkte, durch die Kundgebung selbst bewirkte sein muß oder ob auch die Verletzung durch nachträgliche Kenntnisnahme von der Kundgebung genügt, entscheidet sich danach, ob solche Kenntnisnahme vom Vorsatz umfaßt wird oder nicht. Spreche ich nichtöffentlich mit jemand, so brauche ich im allgemeinen nur mit seinem Empfinden zu rechnen. Bin ich mir bewußt und billige ich, daß er einem andern meine Worte zutragen werde, so möge ich nur auch auf dessen Gefühl Rücksicht nehmen. Spreche ich öffentlich, wähle ich die Druckschrift zur Kundgebung, so muß ich mit jedem religiösen Empfinden rechnen, d. h. mit jedem irgend berechtigten, denn nur um Schutz solchen Empfindens handelt es sich. Wenn es also in Deutschland eine Religionsgesellschaft gäbe, die unsittliche oder unsinnige Dinge zum Gegenstande der Verehrung machte, so würde das religiöse Gefühl ihrer Anhänger, insoweit es sich um diese Dinge handelt, schutzlos sein. Endlich handelt es sich um Schutz des Empfindens im Gegensatz zur Empfindsamkeit, zur Sentimentalität. Es darf also vom Angreifer gerechnet werden mit gesundem, nicht übertriebenem Empfinden, freilich unter Berücksichtigung der Individualität des An-

gegriffenen. Es soll unangetastet bleiben das vernünftige religiöse Gefühl von Leuten solcher Individualität, wie der Angegriffene ist.

Es bedarf hier nicht, wie im St.G.B. § 193 der Hervorhebung von Umständen, die der Rechtswidrigkeit entgegenstehen, bei deren Vorliegen Straflosigkeit eintritt. Die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Ist das persönliche Verhältnis des Angreifers zum Angegriffenen ein mit besonderen Rechten und Pflichten verknüpftes, z. B. das des Inhabers der elterlichen Gewalt zu dem ihr Unterworfenen, des Lehrers zum Schüler, vielleicht auch des Geistlichen zum Gemeindemitglied, so kann der Angriff, ohne rechtswidrig zu sein, auch viel weiter gehen als beim Mangel solcher besonderen Umstände, sofern es nur die Absicht des Angreifers wirklich ist, sein Erziehungs- oder Belehrungsrecht auszuüben[24]).

Ich formuliere hiernach:

„Wer vorsätzlich das religiöse Empfinden andrer durch Kundgebung von Verachtung verletzt, wird . . . . . bestraft."

Für diejenigen Fälle, in denen die Kundgebung nur von Person zu Person erfolgt ist, überwiegt das private Interesse des Verletzten über dasjenige des Staates an der Verfolgung. Empfindet in diesen Fällen der Angegriffene die Verletzung nicht so schwer, daß sie ihm der Sühne bedürftig erscheint oder will er von andern, gerade vielleicht religiösen Gesichtspunkten aus keine Sühne, so mag sie ausbleiben. Anders, wenn religiöses Gefühl durch öffentliche Kundgebungen oder durch Schriftenverbreitung verletzt worden ist. Hier überwiegt das staatliche Interesse an der Strafverfolgung. Demnach:

„Die Verfolgung tritt, sofern nicht die Kundgebung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen erfolgt ist, nur auf Antrag ein."

Der Strafrahmen würde mit Rücksicht darauf, daß sowohl leichte Fälle, wie auch wieder sehr schlimme, z. B. solche schwerer Gotteslästerung unter das Delikt fallen, sehr weit zu fassen sein. Eine Androhung von Gefängnis bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis 1500 Mk. erscheint angemessen.

---

[24]) Äußerungen Geistlicher anlangend vergl. v. Lilienthal, Deutsches Wochenblatt 1888 Nr. 30 S. 351 und Wach, Zeitschrift für Kirchenrecht, 3. Folge, II. Bd. S. 176.

Die andre Aufgabe für den Schutz des religiösen Gefühls besteht darin, die Akte seiner Betätigung vor Verhinderung und Störung zu bewahren.

Da ich im Prinzip jedem das Recht auf volle, ungestörte Ausübung seiner Religion einräumen möchte, so erachte ich jede Verhinderung, Störung eines religiösen Aktes für rechtswidrig, sie müßte sich denn ihrerseits auf ein Recht stützen, aus einem besonderen Grunde der Rechtswidrigkeit ermangeln. Für diese Frage wird es stets nötig sein[25]), das Interesse, welches den Täter zur Tat bestimmte, gegen dasjenige, welches er verletzte, dasjenige, welches an Unterlassung der Verhinderung, Störung bestand, abzuwägen.

Die Verhinderung, Störung kann auch in andrer als Verachtung kundgebenderweise geschehen, z. B. durch Gewalt, Drohung, Lärm, Hervorrufen von Unordnung und anderswie.

Wenn nun jede und jederlei Verhinderung, Störung, abgesehen von besonderen Gründen, rechtswidrig ist, so ist doch nicht jede, auch nicht jede vorsätzliche strafwürdig, und zwar um deswillen nicht, weil nicht jeder Akt der Betätigung religiösen Empfindens des Strafschutzes wert ist. Wert, strafrechtlichen Schutz zu genießen, erscheinen mir aber alle und nur diejenigen Akte[26]), welche ihrer Form nach in Überlieferung, Herkommen, Sitte, Brauch wurzeln und durch diese Momente Bedeutung und Weihe erlangt haben, ich nenne sie kurz die gebräuchlichen Akte. Niemand kann verlangen, daß ein von ihm erdachter oder sonst absonderlicher Akt seiner Frömmigkeit dieselbe Rücksicht erfährt, als die bezeichneten Akte. Kleidet sich aber jemandes Religionsausübung in die Formen, in denen nach Ort, Zeit und sonstigen Umständen gebräuchlicherweise Religiosität bekundet, betätigt wird, so mag auch seine Religionsausübung des Schutzes teilhaftig sein. Wenn in katholischen Landen an einem Kruzifix am Wege ein Andächtiger kniet, so mag

---

[25]) Wie auch jetzt beim § 167 St.G.B. vergl. z. B. Frank, daselbst I 3.

[26]) Die Gründe dafür, daß nur Kultstörungen in Kirchen oder andern zu religiösen Versammlungen bestimmten Orten strafbar sein sollen (vergl. darüber Kohler, S. 194, 195) sind immerhin äußerliche, befriedigen nicht recht. Kulthandlungen im Freien, in Privaträumlichkeiten können unter Umständen viel innerlich wertvoller sein, als mancher hohle, pomphafte Kultakt in einer Kirche. Warum sie ganz schutzlos lassen?

den, der vorsätzlich seine Andachtsausübung stört, Strafe treffen. Wenn in evangelischen Ländern auf der Straße plötzlich zum Staunen der Vorübergehenden jemand niederkniet und zu beten beginnt, so verdient solches hier als absurd empfundene Verhalten einen gleichen Schutz nicht. Wenn in einer im Erdgeschoß gelegenen Stube eine Familie das Tischgebet spricht und ein draußen Vorübergehender, um das Gebet zu stören, zum Fenster hineinbrüllt, so halte ich solches — bisher straflose — Tun für strafwürdig.

Dem Täter muß das, was vorgeht, als gebräuchlicher Akt der Betätigung religiösen Empfindens kenntlich, die Verhinderung, Störung des Aktes muß der eingetretene und nicht außerhalb seines Willens liegende, zum mindesten für den gegebenen Fall gebilligte Erfolg seines Handelns sein.

Da es sich ferner, wenngleich in letzter Linie um Schutz des Gefühls, hier um Bewahrung des Aktes selbst handelt, so muß der Akt selbst in seinem Beginn oder seiner Fortsetzung unmöglich gemacht werden. Dies geschieht durch eine Handlungsweise, angesichts deren es unmöglich oder doch fast unmöglich ist, andächtig zu sein, nicht aber schon durch ein Tun, welches von der Andacht abzulenken, das Andachtsgefühl abzuschwächen geeignet ist.

Ich formuliere:

„Wer vorsätzlich die gebräuchlichen Akte der Betätigung religiösen Empfindens verhindert oder stört, wird . . . . . bestraft."

Vom Antragserfordernis wäre hier wohl abzusehen, denn hier überwiegt das staatliche Strafverfolgungsinteresse. Der Strafrahmen könnte der gleiche, wie beim ersten Delikt sein.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen würden diejenigen in den §§ 166, 167 St.G.B. völlig entbehrlich machen.

Daß die zur Formulierung verwendeten Begriffe dehnbar sind, muß zugegeben werden[27]). Aber ein weiter Spielraum für das richterliche Ermessen ist hier unerläßlich. Eine engere, speziellere Formulierung würde es, ebenso wie auf dem verwandten Gebiet der Beleidigung, unmöglich machen, alles strafwürdige und nur das strafwürdige zu treffen. —

[27]) Übrigens auch nicht dehnbarer als Begriffe wie „Treu und Glauben", „gute Sitten" vergl. B.G.B. §§ 162, 826.

Ich maße mir nicht an, im Vorstehenden Unangreifbares behauptet und aufgestellt zu haben. So verschieden die Meinungen über das Religiöse überhaupt sind, so verschieden werden die Ansichten über Art und Maß des ihm zuzubilligenden strafrechtlichen Schutzes sein. Doch davon bin ich fest überzeugt, daß es für unser deutsches Vaterland nicht nur ein Gebot der Moral, sondern auch der staatlichen Selbsterhaltung ist, in Zukunft dem gesunden Glaubensleben in allen Bekenntnissen einen wirksamen Strafschutz zu gewähren, und daß dieser Schutz ebensowenig geschaffen werden darf im Sinne engherziger Unduldsamkeit, als in dem freigeistiger oder stumpfer Gleichgiltigkeit gegen die religiösen Faktoren.

21.

Die rechtswidrige Zueignung beim militärischen Diebstahl.

Von Kriegsgerichtsrat Gustav Rotermund in Erfurt.

Der Begriff des militärischen Diebstahls ergibt sich aus § 138 M.St.G.B. in Verbindung mit § 242 R.St.G.B. Für die allgemeinen Tatbestandsmerkmale ist § 242 R.St.G.B. maßgebend [1]). Militärisch qualifiziert wird der Diebstahl, wenn er begangen ist:

a) bei Ausübung des Dienstes oder unter Verletzung eines militärischen Dienstverhältnisses an Sachen, die vermöge des Dienstes oder Dienstverhältnisses zugänglich waren;

b) gegen Vorgesetzte, Kameraden — zu diesen gehören natürlich auch die Untergebenen [2]) — Quartierwirte oder Angehörige der letztern.

Die Strafe bestimmt sich in diesen Fällen aus § 138 M.St.G.B.; das Minimum derselben ist, während das Reichsstrafgesetzbuch mit einem Tag Gefängnis beginnt, 14 Tage mittleren oder strengen Arrestes. Der Grund dieser Strafschärfung gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch besteht, wie die Motive zum M.St.G.B. (§ 149 des Entwurfs) besagen, darin, „daß, vom militärischen Standpunkt betrachtet, die Fälle so schwer sind, daß es mit der militärischen Disziplin unvereinbar ist, wollte man für sie einen so niedrigen Strafmindestbetrag zulassen, wie ihn das R.St.G.B. gestattet". Die Handlungen schließen einen Mißbrauch des Vertrauens in sich, welches dem Soldaten als solchen gewährt zu werden pflegt [3]).

Trotzdem ist in der Praxis das Strafminimum als zu hart empfunden, und zwar deshalb, weil die Soldaten nur ganz gering-

[1]) Vgl. Entsch. Reichsmil.-Ger. Bd. I S. 136, Bd. III S. 287.

[2]) Vgl. Koppmann-Weigel, Kommentar zum M.St.G.B. 1903 Anm. 17 zu § 138.

[3]) Keller, Anm. 3 zu Art. 50 der Kriegsartikel.

wertige Sachen zu besitzen pflegen — Wertsachen müssen dem Truppenteil bestimmungsgemäß zur Aufbewahrung übergeben werden — und daher die Kameradendiebstähle meist so unbedeutende Objekte betreffen, daß man 14 Tage Arrest als unverhältnismäßige Sühne ansieht. Aus diesem Grunde liegt — bei juristisch nicht vorgebildeten Richtern — die Gefahr nahe, in gewissen Fällen bei Diebstahl die tatsächlich vorliegende Zueignungsabsicht zu verneinen und damit die Freisprechung zu ermöglichen. Da dies selbstverständlich durchaus unzulässig sein würde, so dürfte es angebracht sein, die Frage der Zueignung bei militärischem Diebstahl näher zu beleuchten.

Nach § 242 R.St.G.B. begeht der einen Diebstahl, welcher einem andern eine fremde bewegliche Sache wegnimmt in der Absicht, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen.

Die Handlung muß also:

a) rechtswidrig sein;

b) in Zueignungsabsicht geschehen.

Beides muß festgestellt werden, ehe wegen Diebstahl verurteilt werden kann.

„Rechtswidrig" ist die Handlung stets dann, wenn sie in die Rechtssphäre des andern unbefugt eingreift; objektiv rechtswidrig ist die Wegnahme daher stets dann nicht, wenn der Eigentümer der Sache mit der Wegnahme einverstanden war oder wenn der Täter zutreffend annahm, daß der Eigentümer einverstanden gewesen sein würde, wenn er von der Wegnahme Kenntnis hätte. Diese Frage wird sich meist beantworten durch die Vernehmung des Eigentümers als Zeugen. Sie wird aber auch, weil das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt, bejaht werden können bei absoluter Minderwertigkeit des Objekts, so wenn der Soldat, der einen Hosenknopf verloren hat, sich von einem Spindnachbarn, mit dem er befreundet ist, einen Knopf zum Annähen oder einen Zwirnsfaden nimmt. Auch die Fähigkeit und Bereitschaft des Täters zum Ersatz des Genommenen schließt, wenn der Täter sich auf Grund derselben nach den Umständen die Überzeugung bilden durfte, daß die Benachteiligten einverstanden sein würden, die Rechtswidrigkeit aus[4]). Das letztere wird z. B. zutreffen, wenn ein sonst als durchaus zuverlässiger Unteroffizier, der eine Kegel-

[4]) Vgl. Entsch. des R.M.G. Bd. II S. 172 ff.

oder sonstige Vergnügungskasse der Kameraden in Verwaltung hat, sich aus dieser Kasse zur Bezahlung einer eignen Schuld 5 Mk. nimmt, um das Geld am nächsten Tage, an dem Löhnungsappell bevorsteht, wieder in die Kasse zu legen. Eine am selben Abend abgehaltene unvermutete Kassenrevision weist das Fehlen der 5 Mk. auf. Hier ist der Unteroffizier, wenn man unterstellt, daß er ein Sparkassenbuch besitzt — wie dies meist der Fall ist — zum Ersatz in der Lage; er ist auch zum Ersatz bereit gewesen. Da er eine durchaus vertrauenswürdige Persönlichkeit ist, durfte er voraussetzen, daß die Kameraden mit dem vorübergehenden Borgen aus der Kasse einverstanden waren; die Rechtswidrigkeit ist daher zu verneinen.

Treffen alle diese Voraussetzungen aber nicht zu, erklärt der Geschädigte, daß er nicht einverstanden gewesen sein könne, oder hat er die Hinnahme gar dem Täter ausdrücklich untersagt, so ist die Tat stets objektiv rechtswidrig. Und sie begründet einen Diebstahl, wenn

> „die Zueignungsabsicht hinzukommt. Diese Absicht muß dahin gehen[5]), die Sache dem Verletzten dauernd zu entziehen und an ihr den Gesamtinhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, den der Eigentümer kraft seines Eigentums ausübt."

Die dauernde Entziehungsabsicht fehlt überall da, wo der Täter die Sache sich nur vorübergehend nutzbar machen wollte. In diesen Fällen liegt nur Fortnahme des Gebrauchs, furtum usus vor; dasselbe war nach römischem Recht strafbar, ist es aber nicht mehr nach unserer Gesetzgebung, sondern kommt rechtlich höchstens insoweit in Betracht, als es einen zivilrechtlich verfolgbaren Schadensersatzanspruch begründen kann.

Allgemeine Beispiele aus dem Leben sind hier folgende[6]): jemand benutzt ein Fahrrad, welches unbewacht vor einer Wirtschaft steht, zu einer kurzen Spazierfahrt und stellt es wieder an seinen Platz; man löst einen Kahn, der am Ufer festgebunden ist, gondelt mit ihm eine Weile und bindet ihn wieder an; das Dienstmädchen steckt sich beim Ausgehen eine Brosche ihrer Herrin an, um sich zu schmücken, und legt sie nachher wieder ins Schlaf-

---

[5]) Olshausen, Kommentar z. R.St.G.B. Anm. 28 zu § 242.

[6]) Vgl. Carl, Das furtum usus, Doktor-Dissertation.

zimmer, wo es sie heimlich genommen hat, oder es zieht ein Kleid der Herrin an und hängt es nach Benutzung wieder in den Schrank.

In allen diesen Fällen hat der Täter niemals daran gedacht, sich die Sache zuzueignen, und man würde deshalb nach unsern Rechtsbegriffen schwer fehlen, wenn man hier Diebstahl feststellen wollte.

Das militärische Leben ergibt folgende Besonderheiten auf diesem Gebiet.

Zunächst kommen die Montierungs- und Armaturstücke in Betracht. Der Soldat[7]) bekommt die militärische Ausrüstung nur leihweise vom Militärfiskus zur Benutzung überwiesen und muß sie nach beendeter Dienstzeit wieder abgeben. Wenn sich nun ein Soldat statt seines ihm überwiesenen Rockes von der Kompagniekammer heimlich einen besseren holt, um ihn während des Dienstes zu tragen und am Schluß mit seinen andern Sachen dem Truppenteil wieder abzugeben, so hat er die fremde Sache, die er sich allerdings rechtswidrig geholt hat, doch nur vorübergehend zu Dienstzwecken getragen und daher nicht in sein Eigentum bringen wollen. Es liegt deshalb nur eine disziplinarisch zu ahndende Tat und kein Diebstahl vor. Ebenso ist es, wenn ein Soldat, der seinen Zeltstock verloren hat, im Manöver einem andern den seinen wegnimmt, um selbst die erforderliche Anzahl von Stöcken usw. zu haben und abgeben zu können.

Zwei Erlasse des ehem. Generalauditoriats weisen auf diese Fälle besonders hin. Der erste — vom 28. IX. 1892 — besagt: „Die widerrechtliche Wegnahme oder Benutzung eines zum Dienstgebrauch bestimmten Gegenstandes seitens eines Soldaten kann dann nicht als Diebstahl oder Unterschlagung bestraft werden, wenn der Täter nicht die Absicht hatte, den Gegenstand zum eignen persönlichen Vorteil sich zuzueignen, sondern denselben auch ferner hin seiner Bestimmung gemäß zum militärischen Gebrauche verwenden wollte. Es kann hier nur Disziplinarbestrafung eintreten."

In einem zweiten Erlaß vom 4. Septbr. 1894 wird der erste in Erinnerung gebracht.

---

[7]) Ausgenommen sind nur die Einjährig-Freiwilligen und die Angehörigen der Kais. Marine, die sich die Uniformstücke kaufen müssen. Bei ihnen liegt deshalb die Sache anders.

Verkehrt ist es indes, wenn man nun etwa in allen Fällen der Wegnahme von Uniformstücken den Diebstahl verneint. Man darf vielleicht so weit gehen, daß man sagt, eine gewisse tatsächliche Vermutung spricht in allen diesen Fällen für das Vorliegen von nur Gebrauchsfortnahme, aber möglich ist in jedem Falle auch ein Diebstahl. Wenn der Täter zugibt, daß er die Hose, die er sich eigenmächtig nahm, mit ins Zivil habe nehmen wollen, oder daß er die Stiefel, die er sich unerlaubt auf der Kammer gegen seine schlechteren eintauschte, als eigne getragen habe und bei der bevorstehenden Entlassung nicht abgegeben haben würde, so liegt ganz sicherlich Zueignungsabsicht und daher Diebstahl vor. Ebenso ist es, wenn der Täter die Zueignung zwar bestreitet, dieselbe aber aus andern Beweismomenten hervorgeht, z. B. wenn er den Stempel aus den Stiefeln entfernt und andre Laschen hineingenäht oder wenn er dem Waffenrock durch neuen guten Besatz und feste Achselklappen das Aussehen eines eignen oder sogenannten Extra-Rockes gegeben hat. Liegen solche Momente vor, so muß die Bestrafung wegen Diebstahls beantragt werden; andernfalls hat nur Disziplinarbestrafung zu erfolgen. Das letztere wird auch dann der Fall sein müssen, wenn der Täter die Sache zwar nicht bei Entlassung hat abgeben, aber auf den nächsten Jahrgang hat „vererben" wollen.

Ein besonderer hierher gehöriger Fall, der oft beim Militär vorkommt, ist noch die Mitnahme der Uniform bei Fahnenflucht. Wirft der Soldat nach begangener Fahnenflucht die Uniform achtlos fort, ohne sich dieselbe vorher nachweisbar zugeeignet zu haben, so hat er sich eines besondern, durch § 137 M.St.G.B. unter Strafe gestellten Delikts, der Preisgabe von Dienstgegenständen, schuldig gemacht[8]). Behält er jedoch die ihm zum Dienstgebrauch überwiesenen Sachen, wie dies meist mit der Leibwäsche und bisweilen auch mit den Stiefeln zu geschehen pflegt, so ist die Frage ob er sich die Sachen hat aneignen wollen. Der Umstand, daß er nicht gut nackend habe weglaufen können, ist kein Grund dagegen. Denn das Weglaufen an sich ist rechtswidrig und geschieht nicht im Dienst oder zu Dienstzwecken; überdies konnte sich

[8]) Bei nachgewiesener Zueignung würden Diebstahl und Preisgabe konkurieren; vgl. Koppmann-Weigel, M.St.G.B., Kommentar 1903, Anm. 11 zu § 137.

der Fahnenflüchtige sehr wohl entweder vorher eigne Sachen verschaffen oder spätestens nach dem Fortlaufen, und konnte im letztern Falle die Sachen an den Truppenteil zurücksenden; dann hätte er nur eine vorübergehende verbotswidrige Benutzung vorgenommen und daher nur furtum usus begangen. Der Umstand ferner, daß er die Sachen nur trägt, gebraucht, nicht sonst verwertet, ist ebenfalls kein Beweis dagegen; denn hier handelt es sich um Sachen, die zum Gebrauch bestimmt sind, so daß derjenige, der sie dauernd benutzt, genau die Handlung vornimmt, die der Eigentümer selbst mit den Sachen vorzunehmen pflegt. Endlich auch die Erwägung, daß der Fahnenflüchtige die Sachen im Falle der Ergreifung dem Fiskus wieder zugebracht hätte, widerspricht der Zueignung nicht, denn die Ergreifung kann nicht mit dem Willen, sondern sehr gegen den Willen des Täters stattgefunden haben, so daß also die Willensrichtung des Täters nicht dahin ging, die Sachen dem Fiskus wiederzubringen.

Steht demnach fest, daß der Fahnenflüchtige die Sachen mit der Absicht mitnahm, sie auf der Fahnenflucht aufzutragen, so hat er sich die Sachen unbedenklich zugeeignet. Diese Zueignung ist auch zweifellos, da er die Sachen nur zum Gebrauch im Dienst und nicht auf der Fahnenflucht bekommen hatte, eine rechtswidrige; man wird daher unbedenklich in solchen Fällen Diebstahl annehmen müssen[9]).

Gegenüber dem Hauptvergehen der Fahnenflucht, bei dem die Strafe gesetzlich nicht unter sechs Monat Gefängnis sein darf, ist ja zwar dieser Sachendiebstahl nur ein untergeordnetes Begleitvergehen; das ist indeß für die juristische Beurteilung völlig gleichgültig, und ebensogut wie jeder Fahnenflüchtige gleichzeitig wegen des unbedeutenden Vergehens der Preisgabe von Dienstgegenständen bestraft zu werden pflegt, wird man ihn, wenn man richtig verfahren will, sicherlich auch, wenn er fiskalische Gebrauchssachen zu

---

[9]) In gleichem Sinne hat das Reichsgericht in dem analogen Falle, wenn ein Gefangener mit Anstaltskleidern flieht, entschieden. Im Erkenntnis vom 17. 7. 1882 (Rechtspr. d. Reichsger. in Straff. Bd. VI S. 443) ist die Zueignung nur deshalb verneint, weil der Gefangene die Anstaltskleider in der Nähe der Anstalt draußen niedergelegt, sie daher dem Fiskus nicht dauernd entzogen hatte. Würde er sie mitgenommen haben, um sie dauernd zu behalten, würde das Reichsgericht, wie hiernach zweifellos anzunehmen ist, den Diebstahl bejaht haben.

dauerndem Ge- und Verbrauch mitgenommen hat, wegen Diebstahls verurteilen müssen.

Beiläufig bemerkt, charakterisiert sich die Tat nicht als Unterschlagung, sondern als Diebstahl, weil der Soldat nicht den alleinigen Gewahrsam der Sachen hat. Er trägt die Uniform und die andern Bekleidungsstücke unter den Augen der Vorgesetzten, unter der Aufsicht der militärischen Organe. Diese als Vertreter des Fiskus behalten daher den Gewahrsam an der Sache und der Soldat hat höchstens einen Mitgewahrsam. Läuft er mit den Sachen, um sie behalten, fort, so nimmt er sie in diesem Augenblick aus dem Gewahrsam der militärischen Organe und begeht daher Diebstahl[10]). Es liegt hier genau so, wie bei dem Handlungsgehilfen, der sich Sachen oder Geld aus dem Laden nimmt, oder bei dem Dienstmädchen, welches mit der ihr zur Benutzung überwiesene Bettwäsche davonläuft, oder bei dem Gefangenen, der in Anstaltskleidern flieht. In allen diesen Fällen hat der Täter nicht den Gewahrsam, sondern höchstens einen Mitgewahrsam; er begeht daher Diebstahl, nicht Unterschlagung[11]).

Ähnliche Schwierigkeiten wie vorstehend ergeben sich im militärischen Leben bei den Reinigungs- und Putzgegenständen der Mannschaften. Diese Sachen müssen sich die Leute selbst kaufen[12]); sie stehen daher in ihrem Eigentum und brauchen bei der Dienstentlassung nicht abgegeben zu werden. Auch hier handelt es sich bei Wegnahme in vielen, aber nicht in allen Fällen um furtum usus. Vielfach wird man sogar zu der Frage, ob Zueignung vorliegt, gar nicht kommen brauchen, weil der Täter zutreffend, oder aus tatsächlichem Irrtum — § 59 R.St.G.B. — angenommen hat, daß der Eigentümer einverstanden war, so daß schon das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Handlungsweise fehlte; so wenn ein Soldat einen Putzlappen seines Kameraden in der Putzstunde kurze Zeit gebraucht oder seinen Putzlappen in die Putzpomade des andern taucht. Liegt indes Einverständnis — ausdrückliches oder vermutetes — nicht vor, so ist auch hier wieder zu fragen: Wollte

---

[10]) Vgl. Koppmann-Weigel, Anm. 6 und 8 zu § 138 des Komment. z. M.St.G.B. 1903.

[11]) Vgl. Olshausen, Anm. 19 d. Komment. z. R.St.G.B. und die dort citierten Entscheidungen; vgl. auch §§ 854, 855 B.G.B. u. Koppmann-Weigel a. O. Anm. 9 zu § 138.

[12]) Vgl. Fried. Besold Vorschr. § 37.

der Soldat die Sache dauernd behalten oder nur vorübergehend benutzen?

Die Bestimmung auch dieser Gegenstände — mehr noch wie die der Uniformen — geht dahin, daß sie gebraucht werden. Sie dienen nicht, wie die Ware, zum Verkauf, oder wie das Geld zum Ausgeben, sondern in erster Linie nur zur Benutzung durch den Eigentümer. Es ist daher auch hier wohl begründet, wenn man in Zweifelsfällen zu gunsten des Täters annimmt, daß er nur einen Gebrauch von den Sachen habe machen wollen; doch macht ihn auch hier diese Absicht nicht frei von Diebstahl, wenn der Wille nicht auf vorübergehenden, sondern auf dauernden Gebrauch gerichtet war. Läßt man dies Moment außer acht, so erklärt man alle Reinigungs- und sonstige Gebrauchsgegenstände für vogelfrei und gibt sie dem Diebstahl preis. Daß dies unrichtig wäre, wird an wenigen Beispielen klar. Nimmt jemand seinem Kameraden heimlich dessen Kleiderbürste fort, versteckt sie in seinem Spinde und schnitzt gar in das Holz die Anfangsbuchstaben seines eignen Namens, so ist es sicher, daß er die Bürste dauernd hat behalten — wenn auch nur gebrauchen — wollen. Ebenso wenn der Soldat dem andern eine Schachtel Stiefelwichse wegnimmt und sie gelegentlich mit andern Sachen an seine Eltern schickt, um sie nach Entlassung in der Heimat vorzufinden. Oder er nimmt dem Kameraden dessen eigne Kardätsche, putzt damit zwar sein Dienstpferd, hat aber die zugestandene Absicht gehabt, sie mit ins Zivilleben zu nehmen, um sie in seinem Berufe als Kutscher beim Pferdeputzen zu verwenden.

In allen diesen Fällen muß unbedingt Diebstahl festgestellt werden; anders dagegen, wenn der Soldat die Stiefelbürste des andern genommen hat, um damit seine Stiefel einmal oder auch einige Male zu bürsten, oder die Knopfgabel, um damit seine Knöpfe vorübergehend zu putzen.

Natürlich erfordert die militärische Disziplin, daß solcher Kommunismus gleichfalls bestraft wird; doch hier kann immer nur disziplinarische Bestrafung wegen unkameradschaftlichen Verhaltens eintreten, wie das früher im Kriegsartikel 51, jetzt im Kriegsartikel 26 vorgesehen ist.

Der Kriegsartikel 51 stellte in mißverständlicher Weise die Nahrungsmittelentwendung (§ 370 R.St.G.B.) neben die Fortnahme von Gegenständen zum Reinigen oder zum Ausbessern von

Montierungs- oder Armaturstücken zum alsbaldigen Gebrauch. Die erstere ist, wenn Strafantrag gestellt ist, nur gerichtlich, die letztere immer nur disziplinarisch strafbar. Aus der Zusammenstellung hat sich indes in militärischen Kreisen anscheinend vielfach die Ansicht gebildet, daß beides nur disziplinarisch zu ahnden sei und eine Fortnahme von Reinigungsgegenständen niemals Diebstahl sein könne. Dies ist selbstverständlich unrichtig. Der Artikel war dahin zu verstehen, daß derjenige, der einem Kameraden Reinigungsgegenstände nimmt, um sie sich dauernd zuzueignen, wegen Diebstahls, der aber, der sie nur zu vorübergehendem Gebrauch nehme und deshalb, weil Diebstahl nicht vorliegt, gerichtlich nicht bestraft werden kann, doch noch disziplinarisch bestraft werden solle.

Genannter Kriegsartikel ist in den seit Herbst 1902 gültigen neuen Artikeln fortgelassen, und der ihm zu Grunde liegende Gedanke durch eine kurze Schlußbemerkung im Artikel 26 aesgedrückt. Dieser Artikel gibt die Strafbestimmung des § 138 M.St.G.B. wieder; zum Schluß heißt es dann: Strafe tritt auch dann ein, wenn der Wert des .... Gegenstandes unbedeutend ist oder die Tat nur versucht ist.

Aus den letztbehandelten Fällen ist noch die Fortnahme einer besondern Art von Gebrauchsgegenständen herauszuschälen, nämlich diejenige von sogenannten Konsumtibilien, d. h. Sachen, die durch den Gebrauch verbraucht werden. Bei der hauptsächlichsten res consumtibilis freilich, dem Gelde, wird die Zueignungsabsicht selten zweifelhaft sein; denn daß der Soldat seinem Kameraden das Geld nur weggenommen habe, um es etwa auf sein Gewicht oder Feingehalt zu prüfen und dann zurückzugeben — in diesem Falle wäre nur ein furtum usus vorhanden — wird kaum je angenommen werden können. Anders liegt es aber bei Wichse, Seife und dergleichen. Benutzt der Soldat die Seife des Kameraden gegen dessen Verbot, also rechtswidrig, und gibt sie zurück, so hat er durch den Gebrauch einen Teil des Stoffes verbraucht; und da ein Verbrauch zweifellos eine Zueignung enthält[13]), — nur der Eigentümer hat die Befugnis dazu, der Täter maßt sich daher dessen Rechte an — müßte man sagen, daß mindestens bezüglich des verbrauchten Teiles Diebstahl vorliege. Indessen darf man das Verbrauchte nicht für sich allein betrachten, sondern nur im

[13]) Vgl. Wächter in Weiskes Rechtslexikon III S. 364 Anm. 56.

Verhältnis zum Ganzen; und darnach muß die Absicht und Verantwortung des Täters bemessen werden. Ist die Benutzung und der dadurch bewirkte teilweise Verbrauch so geringfügig, daß das Ganze als solches nicht entwertet, sondern nur unbedeutend im Werte vermindert ist, so kann man noch nicht von einem Verbrauch sprechen, denn das Ganze als solches ist nicht verbraucht[14]). Durch die einmalige Benutzung der Seife ist das Stück um so unbedeutende Bestandteile verringert, daß eine Entwertung, ein Verbrauch des Ganzen nicht angenommen werden kann. In solchem Falle kann daher Diebstahl nicht konstruiert werden. Wenn dagegen die Seife vom Täter schon so oft benutzt ist, daß nur noch ein unscheinbares Blättchen vorhanden ist, so war die Absicht des Täters offenbar auf einen dauernden Gebrauch und damit auf einen Verbrauch der Sache gerichtet; dann ist unbedingt Zueignung und daher Diebstahl vorhanden.

Faßt man das Gesagte kurz zusammen, so ergibt sich, daß es bewegliche Sachen, an denen ein Diebstahl nicht möglich wäre, auch im militärischen Leben nicht gibt und daß überall, wo die Zueignungsabsicht zweifelhaft erscheint, nur folgende Fragen zu prüfen sind: War der Eigentümer einverstanden oder nicht? War die Absicht des Täters nur auf vorübergehenden oder auf dauernden Gebrauch der Sache gerichtet.

---

[14]) So die herrschende Ansicht; vgl. Olshausen, Komment. z. R.St.G.B. Anm. 30a zu § 242 und die dort Citierten.

22.

Beruf und Verbrechen.

Von Regierungsaſſeſſor Dr. Heinrich Lindenau, Berlin.

Das Verbrechen iſt eine vorwiegend ſoziale Erſcheinung, ein Erzeugnis der geſellſchaftlichen Lebensbedingungen und ihrer Wirkungen auf die natürlichen Anlagen des Einzelnen — dieſe Erkenntnis darf heute bereits als die herrſchende kriminologiſche Lehre bezeichnet werden. Es erwächſt damit die weitere Aufgabe, im Wege der Einzelforſchung die Wurzeln der verſchiedenen Verbrechensformen in dem großen ſozialen Organismus aufzuſuchen, die Entwicklung zu verfolgen und ſo Mittel und Wege zu finden, die Kriminalität ſtrafend wie vorbeugend erfolgreich zu bekämpfen. Die übliche Methode rechtswiſſenſchaftlicher Unterſuchungen, die logiſche Deduktion, erſcheint nicht geeignet dieſe Arbeit zu fördern. Es gilt Erſcheinungen der lebendigen Wirklichkeit zu begreifen und zu erforſchen, ſei es im Wege der Maſſenbeobachtung auf dem Boden der Kriminalſtatiſtik[1]), ſei es durch Beobachtung und Verwertung der Einzelerſcheinungen der täglichen ſtrafrechtlichen Praxis. Wir betreten damit den Boden rein induktiver Forſchungsmethode und dürfen deshalb nicht verſchmähen von den reichen Erfahrungen zu lernen, welche die Naturwiſſenſchaften auf dieſem Wege des Strebens nach der Erkenntnis bereits geſammelt haben. Wir vergegenwärtigen uns hier zunächſt, daß die reife Frucht moderner Naturforſchung, die Lehre von der Entſtehung der Arten eine wiſſenſchaftliche Einteilung dieſer Arten und ihrer Klaſſen unter Feſtlegung der typiſchen Merkmale zur unumgänglichen Vorausſetzung hatte. Die Evolutionstheorie iſt auf dem Boden der — insbeſondere von Linné und Cuvier — geleiſteten beſchreibenden und klaſſifizieren-

[1]) Vgl. hierzu v. Liszt, Zur Vorbereitung des Strafgeſetzentwurfs — in der Guttentagſchen Feſtſchrift für den 26. Deutſchen Juriſtentag, S. 60 ff.

den Arbeiten erwachsen. Auch die Kriminologie wird entsprechender systematischer Forschungen nicht entraten können.[2])

Ein solcher Versuch, die typischen Formen des sozialen Phänomens, welches wir „Verbrechen" nennen, zu entdecken, setzt in erster Linie völlige Klarheit über Bedeutung und Tragweite des Satzes „das Verbrechen ist eine soziale Erscheinung" voraus. Soziale Erscheinungen sind auch alle anderen Formen, in denen sich das menschliche Zusammenleben abspielt. Staat und Kirche, Familie und Ehe, Beruf und Siedelungsform sind sämtlich organische Erzeugnisse der in der Gesellschaft wirkenden Kräfte. Der grundlegende Unterschied zwischen ihnen und dem Verbrechen ist gewiß unverkennbar. Staat, Kirche, Ehe usw. sind normale, notwendige Erzeugnisse der Gesellschaft, deren Bestand ohne diese Einrichtungen — wenngleich auf höherer oder niedrigerer Stufe der Ausbildung — undenkbar ist; das Verbrechen ist ein nicht nur entbehrliches, sondern sogar schädliches Produkt menschlichen Zusammenlebens, dessen Wesen gerade in seiner sozialen Gefährlichkeit besteht. Man könnte hiernach versucht sein, in folgender Weise zu schematisieren: dem Oberbegriffe „soziale Erscheinungen" zwei gleichberechtigte Unterbegriffe folgen zu lassen,

1. gesunde, notwendige soziale Erscheinungen (Staat, Ehe, Beruf u. a.),
2. krankhafte, gefährliche soziale Erscheinungen (etwa Verbrechen, Prostitution, Vagabondage u. a.).

Eine solche Einteilung wäre vom logischen Standpunkte unanfechtbar, für die soziologische Erkenntnis m. E. nicht nur wertlos sondern irreleitend. In der Gedankenwelt wohnen die Begriffe Ehe und Prostitution leicht nebeneinander, in der Wirklichkeit lehrt schon ein flüchtiger Blick, daß es sich nicht um zwei gleichartige Schößlinge eines Keimes vielmehr um einen einzigen mit einem krankhaften Auswuchse behafteten Sproß des Fortpflanzungstriebes handelt. Nur die gesunden Betätigungsformen menschlichen Zusammenwirkens können als primäre soziale Produkte angesehen werden. Diese unterliegen erst wieder Mißbildungen und Aus-

[2]) Vgl. Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre I S 100: „Die Hauptaufgaben strenger Wissenschaft sind so: 1. richtig beobachten, 2. gut definieren und klassifizieren, 3. typische Formen finden und kausal erklären."

artungen, welche den ganzen gesellschaftlichen Organismus schädlich beeinflussen. Eines der gefährlichsten dieser Afterbildungen ist das Verbrechen, das somit nicht selbständig neben den normalen Gesellschaftsprodukten steht, sondern nur sekundär im Anschluß an eine gesunde soziale Einrichtung als deren pathologische Ausartung auftritt.[3])

Für die kriminologische Forschung ergeben sich hieraus folgende Leitsätze: Es muß als zweckloses Bemühen angesehen werden, von den einzelnen Erscheinungsformen des Verbrechens auszugehen und ihren Ursprung im Nährboden der Gesellschaft aufzusuchen, wohl gar in der Hoffnung auf eigenartige wirtschaftliche Elemente wie etwa den vielgenannten „Pauperismus" als Grundstoffe der Kriminalität zu stoßen. Das Verbrechen beruht auf denselben sozialen Grundlagen wie die normalen gesellschaftlichen Produkte, es erwächst im Zusammenhange mit diesen, die deshalb beim Verfolgen seiner Entwicklung nicht übersprungen werden dürfen. Hinzutritt, daß wir die Einzelformen des Verbrechens — als soziales Phänomen betrachtet — noch garnicht kennen, geschweige sie zum Ausgangspunkte der Untersuchung machen können.[4]) Wohl aber verfügen wir bereits über ein wohlgeordnetes System der gesunden gesellschaftlichen Erscheinungen, deren Typen die Volkswirtschaftslehre beobachtet und festgelegt, zum Teile auch bereits kausal erklärt hat. Was liegt näher, als an diese Arbeiten der Nationalökonomen anzuknüpfen, ausgehend von den bekannten Typen gesellschaftlicher Entwicklung die darauf wuchernden sozialgefährlichen Mißbildungen zu durchforschen und so das Strafrecht auf gesicherter sozialwissenschaftlicher Grundlage aufzubauen.

Hiermit eröffnet sich ein reiches Arbeitsfeld. Im Nachstehenden sollen die Wechselwirkungen zwischen Beruf und Verbrechen unter-

[3]) Da also nicht die Gesellschaft als Gesamtheit in ihrer gegenwärtigen Zusammensetzung, sondern ihre einzelnen, auf jeder Stufe gesellschaftlicher Entwickelung vorhandenen typischen Erscheinungsformen (Beruf, Siedelungsform, Familie usw.) Träger der kriminellen Mißbildungen sind, entfällt ohne weiteres die von radikal-politischer Seite verbreitete Irrlehre vom verbrechenslosen Zukunftsstaate, das bekannte eiserne Inventarstück aller sozialistischen Utopieen.

[4]) Die von der klassischen Strafrechtsschule geschaffenen Bezeichnungen der einzelnen Delikte entbehren als logisch-juristische Begriffe für die Kriminalsoziologie der Verwendbarkeit. — Über den Unterschied zwischen juristischem Typus und wirtschaftlicher Erscheinung vgl. auch Isay in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 94.

sucht werden. Es würde dem Verfasser zu besonderer Genugtuung gereichen, wenn baldigst weitere gesellschaftliche Institutionen einer kriminologischen Betrachtung unterzogen würden.[5]) Für den Nachweis der sekundären Natur des Verbrechens erschien eine Beleuchtung der kriminellen Ausartungen des Berufslebens aus folgenden Gründen besonders geeignet.

Unter Beruf im volkswirtschaftlichen Sinne verstehen wir „die besondere wirtschaftliche Tätigkeit, aus welcher eine Person ihren regelmäßigen Lebensunterhalt gewinnt."[6]) Die Gliederung nach dem Berufe ist in der Gegenwart eine der bedeutungsvollsten geworden. Die politischen Parteien stehen im Begriffe sich in berufliche Interessentengruppen umzubilden. Auf rechtlichem Gebiete haben die Berufsklassen die alte ständische Einteilung, die noch im preußischen Allgemeinen Landrechte eine hervorragende Rolle spielte, völlig überwunden. Der Code civil wie das Bürgerliche Gesetzbuch kennen nur noch einen Stand.[7]) Es gewinnt den Anschein, als drängte die moderne Entwickelung zu immer stärkerer Berücksichtigung der einzelnen Berufe im Rechtsleben. Neben die Gesindeordnung und das Handelsrecht sind Arbeiter- und Handwerkergesetze getreten. Eine Reihe von Berufssondergerichten ist geschaffen worden.

Die Strafrechtswissenschaft hat die Wirkung des Berufslebens von jeher anerkannt. Bereits im Jahre 1720 veröffentlichte Georg Paul Hönn ein 300 Berufe enthaltendes Betrugslexikon, bei deren jedem angegeben war, welcher Betrug damit verübt werden könne und in welcher Weise.[8]) Von neueren Schriftstellern erwähnt Baer[9]) „die erstaunliche und zugleich bewunderungswürdige Stetigkeit der verbrecherischen Tendenzen in den einzelnen Berufsarten." Stammler sucht die Erklärung dieses Phänomens — wohl

---

[5]) Eine kriminologische Würdigung den Siedelungsform enthält die mir erst nachträglich bekannt gewordene Abhandlung von Rotering „Kriminalität im Hof- und Dorfsystem" in Groß, Archiv f. Krim.-Anthropologie und Kriminalistik X S. 99 ff.

[6]) Mischler in Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft I S. 345.

[7]) Sohm, Das deutsche und französische Bürgerl. Gesetzbuch. (Preuß. Jahrbücher, Bd. 101, S. 456 ff.), der die großen zivilrechtlichen Kodifikationen des neunzehnten Jahrhunderts geradezu Schöpfungen des dritten Standes nennt.

[8]) Avé-Lallement, Das Deutsche Gaunertum I, S. 320.

[9]) Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung, S. 3.

etwas einseitig — in dem Einflusse der Berufstätigkeit auf die moralischen Vorstellungen, indem er ausführt[10]): „Anders sind die Auffassungen über dasjenige, was erlaubt oder was schlecht ist, bei dem nomadisierenden Hirtenvolke, das nur gemeinsame Weideplätze kennt, als sie der Bauer hat und hegt, der auf abgegrenztem Privateigentum sitzt; verschieden von ihnen ist die Moral des handeltreibenden Großkaufmannes, des kleinbürgerlichen Handwerkers, des plündernden Raubritters." In diesem Zusammenhange verdient auch eine Stelle aus der Begründung zu dem Preußischen Gesetze über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger (vom 2. Juli 1900) Erwähnung, welche die zunehmende Kriminalität der Jugendlichen darauf zurückführt, daß infolge der wirtschaftlichen und sozialen Gestaltung unseres Volkslebens „jetzt ein weit größerer Teil der heranwachsenden Jugend den festgefügten Ordnungen des Hauses, des Lehr- und Dienstverhältnisses, welche sie früher schützend umgaben, entzogen wird."[11]) An Bedeutung gewinnt diese Bemerkung im Zusammenhalte mit der Tatsache, daß der Beginn der Kriminalität erwiesenermaßen[12]) mit der beginnenden sozialen Selbständigkeit zusammenfällt und daher bei den sogenannten gelernten Berufen im Durchschnitt mit dem 19., bei den ungelernten mit dem 18. Lebensjahre eintritt.[13]) Auf der Tagung der Kreissynode Berlin 1899 wurde festgestellt, daß von 100 jugendlichen Gefangenen in Plötzensee 70 während der Schuljahre als Frühstücks- oder Zeitungsträger, Rolljungen, Laufburschen oder Kegeljungen beschäftigt waren. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß hier weniger unmittelbare Wirkungen des betreffenden Berufes vorliegen. Mit dem Hinaustreten in das wirtschaftliche Leben wird der junge Mensch den verschiedensten sozialen Einflüssen ausgesetzt, von denen jeder wie oben dargetan zur Wurzel einer verbrecherischen Ausartung werden kann. Bei schärferem Zusehen ist jedoch auch hier schon die Spezialwirkung einzelner Berufe zu beobachten. So steht

[10]) Wirtschaft und Recht, S. 33. Groß, Kriminalpsychologie, S. 20, warnt vor den unzuverlässigen Aussagen von Personen, „welche ihr Leben mit Scheinarbeit hinbringen", (herumziehende Händler, Eckensteher, Lohnkutscher, Artisten.)

[11]) S. 10.

[12]) Ferri, Das Verbrechen als soziale Erscheinung. Übersetzt von Kurella, (Leipzig 1896), S. 90.

[13]) Bonhoeffer, Über großstädtisches Bettel- und Vagabondentum Z. XXI, S. 7—8.

das von mir schon an anderer Stelle[14]) erwähnte typische Anfangsdelikt des jugendlichen großstädtischen Verbrechers, der Diebstahl von Frühstücksbeuteln, die an den Wohnungstüren aushängen, sicher in ursächlichem Zusammenhange mit der üblichen Anfangsbeschäftigung, dem Austragen von Backwaren und Zeitungen, welche die Kinder zu früher Stunde auf die menschenleeren Treppen führt. Einen beachtenswerten Fingerzeig, wie nachhaltig die aus dem Berufe empfangenen Eindrücke im Gemüte des Verbrechers wurzeln, gewährt ferner die Betrachtung der Tätowierungen, die als typisches äußeres Merkmal gewisser Gewohnheitsverbrecher gelten dürfen. Lacassagne stellte nach seinem Berichte „Le Tatouage" bei 700 Verbrechern 2400 Tätowierungen fest, darunter 230 — also fast 10 % — professionellen Inhaltes. Baer fand bei den Gefangenen der Strafanstalt Plötzensee sehr häufig Innungs- und Gewerkzeichen eintätowiert insbesondere bei Bäckern, Tischlern, Schlossern, Lederarbeitern, Schlächtern und Dachdeckern.[15]) Ebenso knüpfen die Spitznamen der Verbrecher vielfach an den früheren Beruf des Trägers an.[16])

Fortlaufende Beachtung haben die zwischen Beruf und Verbrechen bestehenden Beziehungen in der Kriminalstatistik des Deutschen Reiches gefunden. Unter den persönlichen Verhältnissen der Verurteilten, welche in acht Gruppen zusammengestellt werden, findet sich als Rubrik 7 der amtlichen Zählkarte „Berufs- und Berufsstellung."[17]) Allerdings mahnen die Erläuterungen zur Kriminalstatistik diese „summarischen Nachweise über Berufe nur mit großer Vorsicht zu Schlußfolgerungen zu brauchen." In den ersten Jahrgängen wird wiederholt über ungenaue Zählungen und mangelhaftes Funktionieren des Apparates geklagt. In späteren Bänden wird darauf hingewiesen, daß die den Vergleichen zu

[14]) Kriminalpolizei und Kriminologie Z XXII, S. 300.

[15]) Der Verbrecher, S. 231, 233. Übereinstimmend Berger, Vierteljahrschr. f. gerichtl. Medizin 1901.

[16]) Ω. Σ. Die Verbrecherwelt von Berlin, S. 65.

[17]) Von den übrigen Rubriken bilden 1 und 2 (Geschlecht und Alter) natürliche, 3–6 (Wohnort, Staatsangehörigkeit, Religion, Familienstand) vielleicht auch 8 (Vorstrafen) gesellschaftliche Institutionen, welche durchweg als Ausgangspunkte kriminologischer Untersuchungen dienen können. Einen beachtenswerten Versuch bietet Prinzig, Die sozialen Faktoren der Kriminalität Z XXII, S. 551 ff.

Grunde liegende Berufszählung von 1882 veraltet sei. Mit Recht betonen die Erläuterungen auch, daß Beruf und Berufsstellung die Kriminalität nur zum Teil selbständig beeinflussen, zum Teil aber in Verbindung mit anderen persönlichen Verhältnissen ihre Wirkung ausüben. So ist beispielsweise die später näher zu erörternde geringe Kriminalität der häuslichen Dienstboten zweifelsohne nicht allein aus der Eigenart des Berufes zu erklären sondern ebenso aus der starken Beteiligung des weiblichen Geschlechtes, das schon aus physischen Gründen minder zum Verbrechen neigt. Schließlich ist zu bedenken, daß die Reichskriminalstatistik nur wenige große Berufsgruppen berücksichtigt nämlich Land- und Forstwirtschaft, Industrie, Handel — je mit den verwandten Gewerben —, öffentlichen Dienst nebst freien Berufen, häusliche Dienstboten, ungelernte Arbeiter und Berufslose, von denen also die beiden letzten für eine Betrachtung der aus der Eigenart bestimmter Berufe entspringenden Folgen ohne weiteres ausscheiden. Auf der anderen Seite zieht die Reichsstatistik auch nur zehn ausgewählte Delikte[15]) in den Kreis ihrer Betrachtung und legt den Nachdruck auf die Beteiligung der Berufsgruppen an der allgemeinen Kriminalität. Im Gegensatze hierzu bilden den vornehmsten Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die kausalen Beziehungen zwischen einzelnen Berufen und bestimmten Verbrechen. Nicht die Frage soll untersucht werden, ob diese oder jene Berufsgruppe mehr oder minder zur Kriminalität beiträgt. Vielmehr wird der Nachweis versucht werden, daß einzelne Verbrechen sich unmittelbar auf die eigentümlichen Verhältnisse gewisser Berufe zurückführen lassen, mithin im kriminologischen Sinne als deren Ausartung anzusehen sind.

Aus diesen Gründen habe ich davon Abstand genommen, das gesamte in der Reichskriminalstatistik gebotene Material heranzuziehen, und mich auf die Verwertung der jüngsten veröffentlichten Durchschnittsziffern — für die Jahre 1890—1894 beschränkt. Die Reichsstatistik gibt an, wieviel Angehörige der oben erwähnten Berufsgruppen auf je 100 wegen Verbrechen und Vergehen Verurteilte kommen, und fügt zum Vergleiche die Ergebnisse der Berufszählung von 1895 bei. In der am Schlusse dieser Abhandlung abgedruckten Tabelle ist dieses Verhältnis der Kriminalität der Be-

[15]) Vergl. die Tabelle, S. 411.

rufsgruppe zu deren als Einheit angenommenen Anteil an der gesamten strafmündigen Bevölkerung nach der Gleichung

$$\frac{\text{Prozentsatz der Kriminalität des Berufes}}{\text{Prozentsatz des Berufes in der strafmündigen Bevölkerung}} = \frac{\times}{1} \text{ berechnet.}$$

Die Höhe der Zahl x steigt und fällt also mit der Kriminalität des Berufes. Es bedeutet beispielsweise die Ziffer 26 in der Rubrik „Wucher bei selbständigen Kaufleuten", daß deren Beteiligung an diesem Delikte 26 mal größer ist, als nach dem Prozentsatze, zu welchem die selbständigen Kaufleute in der strafmündigen Bevölkerung vertreten sind, zu erwarten wäre. Die Ziffer 0,50 bei „Hehlerei selbständiger Landwirte" zeigt dagegen, daß die Kriminalität dieses Berufes, soweit Abschnitt 21 des Strafgesetzbuches in Frage kommt, um die Hälfte hinter der vorauszusetzenden Höhe zurückbleibt.

Ich verkenne nicht, daß der Aufbau einer Untersuchung auf einer einzigen Tabelle, noch dazu einer solchen von Durchschnittsziffern, zu berechtigten Bedenken Anlaß bietet. Die nachstehenden Ausführungen gründen sich aber abgesehen von dem in der Tabelle dargestellten statistischen Material auf die fortgesetzten Beobachtungen, zu denen eine Reihe typischer Fälle der täglichen Praxis Anlaß gab, daneben ist die vorhandene Litteratur nach Möglichkeit berücksichtigt. Zudem soll in dieser Abhandlung weniger die quantitative Beteiligung der einzelnen Berufe an den verschiedenen Verbrechen gezeigt, als der Nachweis erbracht werden, daß zwischen Beruf und Verbrechen überhaupt ursächliche Beziehungen bestehen. Sollten also selbst diese oder jene Ziffern der Tabelle später als ungenau erkannt worden, so beweist das nichts gegen die hier angestrebte methodologische Erkenntnis, daß die volkswirtschaftlichen Institutionen, die sozialen Normalprodukte, geeignet sind, den Ausgangspunkt für kriminologische Forschungen zu bilden.

Soweit ich feststellen konnte, sind es vorzüglich drei Wege, auf denen die Berufstätigkeit zum Verbrechen auszuarten pflegt.

1. Der Beruf bietet objektiv Gelegenheit zum Verbrechen. Wenn beispielsweise die Tabelle als Durchschnittsziffer für die von selbständigen Landwirten begangenen Unterschlagungen nur 0,33, bei den Handelsgehilfen dagegen 3,12 ergibt, so liegt der Grund offenbar darin, daß der selbständige Landwirt nur recht selten, der Gehilfe im Handelsgewerbe dagegen beständig und zwar

berufsmäßig fremdes bewegliches Eigentum, insbesondere das Hauptobjekt der Unterschlagung — bares Geld „in Besitz oder Gewahrsam hat“ [19]).

2. Der Täter verwendet die im Beruf erworbene Fertigkeit in sozialgefährlicher Weise — das Verbrechen als Ausartung der Berufstechnik.

Den herkömmlichen Schulfall bildet die übermäßige Beteiligung der Schlosser am Einbruch. Unter dem gleichen Gesichtspunkte verdient auch die Mitteilung Beachtung, daß sich unter 76 wegen Abtreibung verurteilten Personen 16 Hebammen befanden [20]).

3. Der Beruf übt einen ungünstigen Einfluß auf die sittlichen Anschauungen der Angehörigen aus und führt so mittelbar zum Verbrechen.

Zur Erläuterung sei vorläufig auf die verrohende Wirkung des Schlächterhandwerkes oder des Soldatenlebens in langen Kriegen — also während der eigentlichen Berufsbetätigung hingewiesen [21]).

Mehr oder minder werden diese drei Entwickelungsreihen bei den einzelnen Berufen erkennbar.

Es möchte fast überflüssig erscheinen zu betonen, daß in keinem der nunmehr zu behandelnden Gewerbe das Vorhandensein einer stattlichen Anzahl ehrenwerter und unbescholtener Vertreter geleugnet werden soll. Dennoch sei solches hiermit ausdrücklich hervorgehoben, nicht nur um empfindsamer Übeldeutung vorzubeugen, sondern auch aus wissenschaftlichen Gründen. Die Widerstandsfähigkeit einer Reihe von Berufsangehörigen gegen jede von ihrer Tätigkeit ausgehende kriminelle Infektion beweist, daß für die ätiologische Betrachtung des Verbrechens neben den gesellschaftlichen

---

[19]) Ein typisches Gelegenheitsdelikt bildet der Diebstahl der Prostituierten beim Beischlaf — gewissermaßen eine Erscheinung tertiärer Natur.

[20]) Hoegel, „Die Straffälligkeit des Weibes“ in Groß, Archiv f. Kriminalanthropologie und Kriminalistik V, S. 269.

[21]) Als mittelbare Quelle des Verbrechens kommen auch solche Berufe in Betracht, welche zum Alkoholismus verführen (Gastwirte, Kellner und besonders Kellnerinnen — über Studenten vergl. Aschaffenburg, Alkoholismus und Verbrechen. Z XX S. 89 ff. Lombroso, Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung. Deutsche Bearbeitung von Fränkel. II, S. 284.) Man denke ferner an die nervenzerrüttende Wirkung aufregender Berufe (Börsenspekulanten!), als deren Folge insbesondere Sexualdelikte auftreten können.

Faktoren nicht minder persönliche Momente Beachtung fordern, und daß die Erkenntnis des Verbrechens als eines sozialen Phänomens keineswegs die Verantwortlichkeit des Täters ausschließt.

1. Die Landwirtschaft.

Die allgemeine Kriminalität ist ausweislich der Tabelle eine außerordentlich geringe. Günstiger als die selbständigen Landwirte stehen nur die häuslichen Dienstboten sowie die im öffentlichen Dienste und in den freien Berufen tätigen Personen. Auch die landwirtschaftlichen Gehilfen zeichnen sich vorteilhaft vor dem in Handel und Industrie beschäftigten Personal und sogar vor den selbständigen Kaufleuten aus; den industriellen Unternehmern stehen sie nur wenig nach.

Die Gründe dieser Erscheinung werden zumeist in der Siedelungsform gesucht; man führt die schwere Kriminalität der Städte nicht mit Unrecht auf die Dichtigkeit der Bevölkerung zurück, mit der „die rechtlichen und materiellen Beziehungen vermehrt werden, welche die subjektive und objektive Materie der verbrecherischen Tätigkeit bilden“[22]). Einen weiteren Anreiz zum Verbrechen bietet in den Großstädten das ungestörte und wenig beobachtete Leben des Einzelnen, wodurch die Gefahr der Entdeckung erheblich verringert wird, während auf dem Lande und in der kleinen Stadt das neugierige Interesse am Treiben der Nachbarn den Strafverfolgungsbehörden treffliche Unterstützung gewährt und den Schlechtgesinnten zur Vorsicht mahnt[23]).

Nicht minder fällt aber die Eigenart des landwirtschaftlichen Berufes als Ursache der günstigen Kriminalität in das Gewicht. Gelegenheit zu Eigentumsdelikten, besonders zu Betrug und Unterschlagung, wird seinen Angehörigen mit Rücksicht auf den unbedeutenden Geldverkehr wenig geboten. Ein verbrecherischer Mißbrauch der landwirtschaftlichen Technik ist kaum denkbar. Die Landarbeit entbehrt nicht nur aller entnervenden Einflüsse, sie erscheint auch geeignet das dem Bauern eigentümliche Selbstbewußtsein und ruhige Kraftgefühl zu erzeugen, denen sich als weiterer Damm gegen Störungen des Rechtsfriedens die dem vertrauten

[22]) Ferri, Verbrechen als soziale Erscheinung, I, S. 146.

[23]) Vergl. Verwaltungsbericht des Kgl Polizeipräsidiums in Berlin 1890 bis 1900, S 503. Minister des Innern v. Rheinbaben in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 15. Januar 1901. (Stenog. Ber., S. 205.)

Umgange mit der Natur entspringende ernstreligiöse Lebensauffassung beigesellt. Anderseits dürften die Charaktereigentümlichkeiten des Bauern auch die Quelle der drei typischen bäuerlichen Delikte, Meineid, gefährliche Körperverletzung und Brandstiftung bilden, bei denen die Tabelle — und zwar gleichmäßig für Selbständige und Gehilfen — die höchsten Ziffern aufweist (1,21 — 0,73 — 0,64 beziehungsweise 1,55 — 1,66 — 2,52 gegenüber einer allgemeinen Kriminalität von 0,67 beziehungsweise 1,21). Das gesteigerte Selbstbewußtsein artet leicht zur starrköpfigen Rechthaberei aus, die zu der sprichwörtlich gewordenen Prozeßsucht des Bauern führt. Deren unmittelbare Folge tritt in der hohen Meineidsziffer zu Tage — bei den als Prozeßparteien vornehmlich in Betracht kommenden selbständigen Landwirten die höchste Stufe der Kriminalität, welche überhaupt erreicht wird. In die Prozesse der Herrschaft wird naturgemäß leicht das Gesinde als wahrer oder falscher Zeuge verstrickt. Hierin liegt die Erklärung dafür, daß der Meineid bei den zumeist in die Hausgenossenschaft aufgenommenen landwirtschaftlichen Gehilfen an dritter Stelle zu finden ist. Die gleiche Erfahrung wird weiterhin die Betrachtung der Kriminalität der häuslichen Dienstboten bestätigen.

Neben der Prozeßwut zeitigen bäuerlicher Eigensinn und Streitsucht zahlreiche Racheakte, zumeist die auf dem Lande so beliebten Brandstiftungen, für welche die getrennte Lage der Gehöfte und die Anhäufung leicht brennbarer Stoffe in den Scheunen geeignete Objekte bieten, zumal die mangelhaften Löscheinrichtungen einen sicheren Erfolg in Aussicht stellen[24]). Erst in zweiter Reihe kommt der Versicherungsbetrug als Ziel der Brandlegung in Frage. Dies beweist die ganz unverhältnismäßig hohe Beteiligung der Gehilfen (2,52), deren Brandstiftungen sich naturgemäß überwiegend gegen fremdes Eigentum richten. Daß schließlich auch die Häufigkeit der gefährlichen Körperverletzung eine notwendige Begleiterscheinung der Lust an Streit und Händeln bildet, wird keiner Rechtfertigung bedürfen. Hier dürfte insofern ein leiser Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Technik zu bemerken sein, als deren Werkzeuge mit wenigen Ausnahmen geeignet sind, den Tatbestand des § 223a des Strafgesetzbuches zu erfüllen.

[24]) Erläuterungen zur Reichskriminalstatistik 1888 II 13, 1889 II 22.

2. Handel und Verkehr.

Die selbständigen Angehörigen dieser Berufe und die Gehilfen erfordern getrennte Behandlung, da die Kriminalität beider Gruppen im Gegensatze zu der bei den Landwirten beobachteten Übereinstimmung eine ganz verschiedene ist. Die Erklärung dieser Erscheinung darf nicht etwa in der gesicherteren wirtschaftlichen Stellung der selbständigen Kaufleute und in der Armut der Angestellten gesucht werden, denn die allgemeine Kriminalität zeigt sich bei erstern als die bei weitem schlechtere (2,48 gegen 1,41) mit einer Durchschnittsziffer, die — abgesehen von den hier unbeachtlichen ungelernten Arbeitern — überhaupt nur von den industriellen Gehilfen übertroffen wird. Eine kurze Betrachtung der Berufseigentümlichkeiten wird die wahren Gründe des von der Statistik nachgewiesenen Unterschiedes aufdecken.

Als typische Delikte des selbständigen Handelsgewerbes dürfen die folgenden, die schwere allgemeine Kriminalität dieses Berufes (2,48) noch überragenden Verbrechen betrachtet werden: Meineid (3,09), Hehlerei (2,96), Betrug (3,65) und Wucher (26,00!) — charakteristischerweise durchweg Dolusdelikte, während Gewalttätigkeiten (Angriffe gegen Beamte, Körperverletzung, Notzucht, Diebstahl) erheblich zurücktreten[25]). Der Kaufmannsstand arbeitet ehrlich wie unehrlich mit dem Kopf, nicht mit den Händen.

Sehen wir vom Meineide ab, dessen Häufigkeit eine natürliche Folge der dem Handel überreich nachschleppenden Prozesse bildet, so treten uns Hehlerei, Betrug und Wucher als verbrecherische Mißbildungen der drei Grundformen des Handels: Ankauf, Verkauf und Darlehen entgegen, insofern also Ausartungen der kaufmännischen Technik, zugleich Wirkungen der Gelegenheiten, die der Beruf beständig zum Hehlen, Betrügen und Wuchern bietet. Auch die Wirkung des Handelsbetriebes auf den Charakter darf nicht außer Betracht bleiben. Man spricht nicht umsonst von einer „Krämermoral". Damit soll gewiß kein abfälliges Urteil über den Stand in seiner Gesamtheit ausgesprochen werden. Ebensowenig kann aber verkannt werden, daß der Handel, dessen Endziel doch stets die Übervorteilung des Gegenpartes bildet[26]), schwächere Naturen

[25]) Ähnlich die Kriminalität der Juden.

[26]) „in emptionibus venditionibus sese circumscribere licet.

leicht verführt, beim Streben nach diesem Ziele den Zweck die Mittel heiligen zu lassen.

„Bei einzelnen Geschäftszweigen", so führt ein ungarischer Kriminalbeamter[27]) aus, „entwickelt sich die Inklination zu stehlen, fremdes Eigentum zu schädigen und hieraus Nutzen zu ziehen. Hierher gehören . . . Krämer, Sensale, Höker, Makler usw. Der größte Teil der Hehler geht aus dieser Sorte hervor." Ähnliche Beobachtungen teilt Colquhoun[28]) aus der Verbrecherwelt Londons um die Wende des achtzehnten Jahrhunderts bezüglich der Althändler und Metallgießer (Ankäufer und Einschmelzer gestohlener Metalle) mit. Die Gewerbebetriebe dieser Art bilden noch heute die gesuchtesten Absatzquellen der Diebeszunft. Ein Verzeichnis der Hamburger Kriminalpolizei nennt folgende Geschäfte, auf welche die Nachforschungen nach gestohlenem Gute zu erstrecken sind: Antiquare, Auktionatoren, Bank- und Wechselgeschäfte, Briefmarkenhändler, Bücher-Antiquare, Fahrradhandlungen, Gold- und Silberwarenhändler, Kunsthändler, Lumpen- und Produktenhändler, Mobilienhandlungen, Pfandgeschäfte, Pferdeschlächter, Trödler und Uhrmacher. Einen gesetzlichen Niederschlag haben diese Erfahrungen in den §§ 34, 35 Abs. 2 der Reichsgewerbeordnung gefunden. Auch die im § 367 des Handelsgesetzbuches aufgestellte Vermutung gegen den guten Glauben des Bankiers und Geldwechslers beim Ankaufe gestohlener Wertpapiere gehört in diesen Zusammenhang.

Die Hehlerei ist schon begrifflich nur als Ankaufsdelikt denkbar. Im Gegensatze hierzu kann Betrug so gut vom Käufer wie vom Verkäufer begangen werden. Dennoch werden wir nicht fehlgehen, wenn wir die Zuwiderhandlungen gegen den § 263 des Strafgesetzbuches als die spezifischen kriminellen Ausartungen des Verkaufes ansehen. Dem Verkäufer gewährt die genaue Kenntnis der Ware eine Überlegenheit über den Gegner, die nur allzuleicht zu unlauterem Mißbrauch verlockt. Dies gilt insbesondere für das kaufmännische Kleingewerbe, welches nach Lombroso[29]) „die größte und beständige Gelegenheit zum Betruge bietet", zumal hier in der

---

[27]) Koloman Berkes, Das Leben und Treiben der Gauner. Deutsche Bearbeitung von Erdélyi — Budapest 1889 S. 19.

[28]) Die Polizei von London (deutsch von Volkmann) S. 53 und 59.

[29]) Der Verbrecher II S. 291.

Regel allein der Verkäufer den Handel berufsmäßig betreibt[30]). Einen schlagenden Beweis für die anreizende Wirkung, welche die Vertrauensseligkeit des kaufenden Publikums auf die betrügerischen Manipulationen des Händlers ausübt, liefert der Raritäten- und Antiquitätenhandel. „Die Verführung für Kunstarbeiter, Antiquitäten zu fälschen, ist groß, weil das große Publikum nichts von Antiquitäten versteht, aber absolut solche haben will, gute moderne Sachen aber nicht bezahlt"[31]). Kann es Wunder nehmen, wenn der Raritätenbetrug einen solchen Umfang angenommen hat, daß Hans Groß, der Begründer der Kriminalistik, dieser Verbrechensspezialität eine umfangreiche Monographie[32]) widmen konnte? In desselben Verfassers „Handbuch für Untersuchungsrichter" beansprucht die Darstellung der beim Pferdehandel üblichen Betrügereien ein eignes Kapitel[33]). Auch hier ist das zwischen der Pferdekenntnis des Käufers und Verkäufers in der Regel bestehende Mißverhältnis für die häufigen Täuschungen verantwortlich zu machen, denen erstere zum Opfer fallen.

Daß schließlich die verbrecherische Ausartung des Kreditgeschäftes — der Wucher — ein typisches Delikt des Handelsstandes bildet, lehrt ein Blick auf die Tabelle. Die Ziffer 26 bedeutet — nach Ausscheidung der Arbeiter und Berufslosen — die höchste überhaupt erreichte Kriminalitätsstufe. Die Beteiligung der selbständigen Handeltreibenden am Wucher ist sechsundzwanzigmal stärker als es dem Prozentsatze dieser Berufsgruppe in der strafmündigen Bevölkerung entsprechen würde, etwa zwölfmal so groß, wie die Häufigkeit der Bestrafungen wegen des gleichen Deliktes bei den an nächster Stelle, aber mit weitem Abstande folgenden selbständigen Industriellen. Begreiflicherweise stehen deren wuche-

---

[30]) Vgl. Rathgen in Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft I S. 1000 s. v. Handel: „Besteht im Kleinhandel ohnehin die Neigung und die Möglichkeit, unverhältnismäßig hohe Gewinnprozente zu nehmen . . ., so wird das noch verschlimmert, wenn die Unkenntnis des Publikums zu bedenklichen Praktiken verführt, kleinen Betrügereien bei der Menge, Verschlechterungen der Qualitäten, Verfälschungen usw."

[31]) Dr. Freiherr Potier, Ein Besuch in der Werkstätte eines Fälschers alter Waffen — in Groß Archiv für Kriminalanthropologie usw. Bd. VII S. 2—3.

[32]) Groß, Der Raritätenbetrug.

[33]) 3. Aufl. S. 703—719.

rische Geschäfte nicht im Zusammenhange mit dem Produktionsbetriebe, sondern entspringen der Vermittelung des Umsatzes, also der kaufmännischen Tätigkeit. Ferri wird daher Zustimmung beanspruchen dürfen, wenn er den Handel mit Edelmetallen und die Geldgeschäfte für die Wurzeln des Wuchers erklärt und zur Bekämpfung des Übels die Errichtung öffentlicher Kreditinstitute fordert[34]).

Bei den Handlungsgehilfen entfallen die meisten Bestrafungen auf Betrug und Unterschlagung. Die Ursachen sind oben bereits kurz gestreift. Die Verwahrung und Verwaltung anvertrauten Eigentums bildet die Haupttätigkeit des kaufmännischen Angestellten, vom Lehrling, der die Portokasse führt und die Postsendungen besorgt, bis zum Kassierer und Prokuristen. Mit den dadurch veranlaßten Unterschleifen steht Betrug wohl vielfach als Mittel die Fehlbeträge zu verdecken in Zusammenhang. Daneben kommt Beihilfe zu betrügerischen Handlungen des Prinzipals in Frage.

3. Industrie.

Die Ausweise der Tabelle sind für die vorliegende Untersuchung kaum verwertbar. Abweichend von den beiden bereits besprochenen Berufsgruppen ist die Arbeitsweise der einzelnen in dem großen Gebiete der Industrie tätigen Personen vielfach eine so gänzlich verschiedene, daß es nicht angängig erscheint, für die Gesamtheit eine Parallele zwischen den Grundzügen der Berufsarbeit und der Kriminalität zu ziehen. Bei den selbständigen Industriellen erhebt sich die Quote der Bestrafungen wegen Meineides (1,80) und Wuchers (2,16) über den Durchschnitt (1,14), eine Erscheinung, die wir bereits oben als Folge des vom industriellen Unternehmen untrennbaren Handelsbetriebes kennen gelernt haben. Für die Kriminalität der Gehilfen in der Industrie, d. h. im wesentlichen der gelernten Arbeiter, ist das Vorwiegen der Vis-Delikte charakteristisch. (Gewalt und Drohung gegen Beamte 2,73 — Notzucht 2,55 — gefährliche Körperverletzung 2,43 — allgemeine Kriminalität 1,78). Hierbei handelt es sich m. E. weniger um eine unmittelbare Wirkung der Berufseigenart als um eine Äußerung des Kraftüberschusses der großen Anzahl gesunder Männer

[34]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung S. 131.

im besten Alter, welche die Industrie in den Scharen ihrer unselbständigen Angehörigen vereinigt.

Es soll versucht werden, diese Lücken der Statistik im Folgenden durch die Verwertung einer Reihe von Einzelbeobachtungen auszufüllen, deren Ergebnisse natürlich noch geringeren Anspruch auf absolute Richtigkeit erheben können als die Ziffern der Massenzählung. Aber die Früchte kriminologischer Spezialforschung gedeihen bisher noch so spärlich, daß es der Mühe wert erscheint, auch nur annähernde Wahrheiten festzulegen, zumal wenn dabei einiges Licht auf den Weg fällt, der schließlich doch einmal zum Ziele führen wird. Der Vollständigkeit halber sei zuvor kurz verwiesen auf die Kriminalität im

4. Öffentlichen und Hofdienst, sowie in den sogenannten Freien Berufen.

Der geringe Prozentsatz der Bestraften erklärt sich nicht allein aus der im allgemeinen vor Mangel geschützten wirtschaftlichen Lage. Hier fällt vor allem die reiche Ausbildung sittlicher Hemmungsvorstellungen in das Gewicht. Betrug (0,95) und Unterschlagung (0,77) als Ausflüsse antisozialer Geistestätigkeit überwiegen gegenüber dem Handfertigkeit erheischenden Diebstahl (0,27). Die höchsten Ziffern werden beim Wucher (1,04) und bei den Sittlichkeitsdelikten (1,45) erreicht. Für das erstgenannte Verbrechen stehen die Barmittel zur Verfügung, in geschlechtlicher Hinsicht äußern die in diesen Ständen nicht seltene Degeneration und die späte Heirat ungünstige Wirkung[35]).

Einzelbeobachtungen von einiger Erheblichkeit stehen mir bisher für folgende Berufe zur Verfügung:

5. Metallarbeiter.

Typisches Berufsdelikt ist der Einbruchsdiebstahl, an dem sich nicht nur Schlosser und Schmiede, sondern auch die feineren Arbeiter, Mechaniker[36]), Uhrmacher und Goldarbeiter beteiligen. Um

---

[35]) v. Öttingen, Moralstatistik S. 227 berechnet die allgemeine Kriminalität der „liberalen Berufe" auf 5,6 pCt., Notzucht an Kindern 12,9 pCt., an Erwachsenen 4,5 pCt.

[36]) Lombroso, Der Verbrecher II, 361, äußert sein Erstaunen, unter den großen Verbrechern so viele Mechaniker zu finden.

die Richtigkeit dieſes Satzes nachzuprüfen, iſt nur erforderlich, einige Zeit regelmäßig die Gerichtsberichte einer beliebigen großſtädtiſchen Tageszeitung zu verfolgen. Der hohe Prozentſatz der Metallarbeiter unter den wegen ſchweren Diebſtahls Beſtraften iſt nicht zu überſehen. Die Reichskriminalſtatiſtik weiſt mehrfach auf den Zuſammenhang zwiſchen dem Schloſſergewerbe und dem Einbruchsdiebſtahl hin, ohne jedoch ziffernmäßiges Belagsmaterial anzuführen. Die von mir veranlaßte Auszählung des Einlieferungsjournals eines mit der Verfolgung von Wohnungseinbrüchen betrauten Berliner Kriminalkommiſſars brachte nachſtehendes Ergebnis:

Unter 223 während etwa Jahresfriſt wegen Einbruches feſtgenommenen Perſonen befanden ſich 215 Männer, ein Weib (Proſtituierte), ſieben Knaben. Die 215 Männer verteilen ſich wie folgt auf die Berufsſtände:

4 Kaufleute,
5 Muſiker und Schreiber,
7 Kutſcher,
9 Kellner,
22 Hausdiener,
83 Handwerker.
85 Arbeiter.

Bei dieſen Ziffern fällt zunächſt die geringe Beteiligung der Weiber und Kinder ſowie der kopfarbeitenden Berufe, (Kaufleute, Muſiker, Schreiber) auf. Der Einbruchsdiebſtahl ſetzt einen nicht unbeträchtlichen Grad körperlicher Kraft und Gewandheit voraus. Von den 223 Verhafteten gehören 206 den handarbeitenden Klaſſen an. Die Einbrüche der Kutſcher und Hausdiener dürften auf Rechnung ihrer im Berufe erworbenen genauen Kenntnis der Wohnräume und Gepflogenheiten der Herrſchaft zu ſetzen ſein. Die Kellner ſind, wie unten ausführlicher darzuſtellen iſt, in den meiſten Verbrecherkategorien ſtark vertreten. Die Verhältniſſe der 85 Arbeiter weiter zu verfolgen, muß wegen der Unbeſtimmtheit dieſes Berufes[37]) als ausſichtslos bezeichnet werden. Dagegen beanſpruchen die 83 Handwerker noch einige Aufmerkſamkeit. Unter ihnen befanden ſich 34 Metallarbeiter und 18 Holzarbeiter, d. h. 52 — alſo weit über die Hälfte — Angehörige ſolcher Berufe,

[37]) Bei den Vernehmungen bezeichnen ſich auch die berufloſen Perſonen in der Regel als „Arbeiter".

deren Tätigkeit in der Bearbeitung des beim Einbruche zu bewältigenden Materiales besteht. Die Eigenart des Einbruchdiebstahles als Ausartung der Berufstechnik tritt hierin klar zu Tage. Die Erfahrung, daß ein Handwerker, der zum Einbrecher wird, in der Regel unter Verwertung der berufsmäßig erworbenen Fertigkeiten zu Werke geht, indem beispielsweise der Tischler die Türfüllung ausschneidet, während der Schlosser das Schloß zu sprengen sucht, gewährt deshalb bei der Ermittelung des Täters wichtige Fingerzeige.[38]) Auch die Häufigkeit des Fahrraddiebstahles unter den Metallarbeitern erklärt sich aus diesem Gesichtspunkte. Ihr technisches Können befähigt sie vorzüglich zum Auseinandernehmen der gestohlenen Räder und zum Zusammensetzen der von verschiedenen Beutestücken herstammenden Teile zu neuen Maschinen; durch diesen Trick sollen die Geschädigten verhindert werden, im Falle der Entdeckung ihr Eigentum wiederzuerkennen.

Eine weitere verbrecherische Spezialität der Metallarbeiter bildet die Anfertigung von Diebeswerkzeug. Die Leichtigkeit, sich in den Besitz der erforderlichen Instrumente zu setzen, darf schon bei Würdigung der von Angehörigen dieser Berufsgruppe selbst begangenen häufigen Einbrüche nicht als kausales Moment übersehen werden. Vielfach äußert sich aber die verbrecherische Ausartung der Berufstätigkeit nur in der Anfertigung von Einbruchswerkzeugen für dritte Personen, denen bei aller Gewandtheit in der Ausführung von schweren Diebstählen die Fähigkeit zur Herstellung der zum Teil sehr kunstreich und sorgfältig gearbeiteten technischen Hülfsmittel abgeht.[39]) Dieser Tatsache trägt selbst unser geltendes, im allgemeinen gewiß nicht übermäßig soziologisch fundiertes Strafgesetzbuch in der Vorschrift des § 369 Ziffer 1 Rechnung.

6. Polygraphische Berufe.

Unter dieser Bezeichnung sind alle Gewerbe zusammengefaßt, welche der Vervielfältigung von Schriftzeichen oder Abbildungen

---

[38]) Vergl. Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter, S. 641 ff. — Als beteiligte Berufe erwähnt Groß Schmiede, Schlosser, Eisengießer, Metalldreher, Schreiner, Drechsler, Faßbinder, Zimmerleute.

[39]) Das Museum der Berliner Kriminalpolizei, dessen Besichtigung berechtigten Interessenten gern gestattet wird, enthält eine umfassende und sehr lehrreiche Sammlung.

obliegen, also Schreiber, Drucker, Lithographen, Kupferstecher, Graveure, Photographen usw. Berufsdelikte sind Urkunden- und Münzfälschungen.

Schon Avé-Lallement[40]) weist darauf hin, daß die Urkundenfälschung vielfach begangen wird von „Kupferstechern, Steindruckern, Kopisten, Komtoiristen, Registratoren, deren Beruf Gelegenheit gibt, eine Menge verschiedenartiger Handschriften zu sehen und zu studieren"; denn bei diesem Delikte komme es darauf an, die graphische Ausdrucksform dritter Personen aufzufassen und nachzubilden. Das ist gewiß zutreffend. Nicht die genaue Nachahmung der einzelnen Schriftzüge, sondern die Wiedergabe des ganzen Charakters der darzustellenden Handschrift ist das Wesentliche, wie es auch zur Aufdeckung einer Urkundenfälschung in erster Reihe erforderlich ist, das Gesamtbild von Original und Fälschung vergleichend zu prüfen uad sich dann erst der Betrachtung der Einzelheiten zuzuwenden. Nichtsdestoweniger beansprucht auch das Aufzeichnen der einzelnen Buchstaben große Sorgfalt und Genauigkeit, so daß die technische Fertigkeit der genannten Gewerbetreibenden in der Wiedergabe fremder Schriftzeichen nicht minder in ursächlichen Zusammenhang mit der Häufigkeit der von ihnen verübten Urkundenfälschungen gebracht werden muß.

Noch schärfer tritt die Ausartung der Berufstechnik bei der Münzfälschung in Erscheinung. Das moderne Metallgeld wird so kunstvoll geprägt, die Stiche der Kassenscheine und Banknoten werden in so feiner Ausführung hergestellt, daß jede nur einigermaßen täuschende Nachahmung ganz beträchtliche Fachkenntnisse voraussetzt. Das zuweilen wohl noch geübte einfache Verfahren, einen Gypsabdruck der echten Münze mit Metall auszugießen, liefert durchaus rohe und mangelhafte Erzeugnisse, die allerhöchstens noch bei der selten einer genaueren Besichtigung gewürdigten Scheidemünze Erfolg verheißt. Ernster zu nehmende Verbrechen auf diesem Gebiete gelangen hinsichtlich des Metallgeldes zumeist durch Graveure, Feinschlosser und verwandte Berufe zur Ausführung, während falsche Scheine in der Regel von Lithographen, Kupferstechern, noch häufiger mit Hülfe der Photographie oder durch Vervielfältigung auf chemischem Wege angefertigt werden.[41])

[40]) Das deutsche Gaunertum, Bd. II, S. 229.

[41]) Der Berliner Lokalanzeiger berichtet: Abendausgabe vom 2. 8. 02. Verhaftung von 2 Buchdruckern und 1 Lithographen in Thorn und Berlin wegen

Die Schwierigkeit der Fabrikation wie auch der Verbreitung falschen Papiergeldes bringt es ferner mit sich, daß dieses Delikt fast ausschließlich bandenmäßig unter geschicktester Verwertung der beruflichen Fertigkeiten der einzelnen Teilnehmer verübt wird.[42]) Eine in München festgenommene Bande bestand aus zwei Chemiphotographen, einem Buchdrucker und einem Kaufmann. Der berüchtigte im Jahre 1879 in Berlin verhaftete Banknotenfälscher Lomba, ein sehr geschickter Kupferstecher, arbeitete mit zwölf Komplizen. Die im Jahre 1894 in Hamburg abgesaßten Fälscher englischer und amerikanischer Noten, der Lithograph Kronemeyer und der Kaufmann Theiß besaßen eine große vollständige eingerichtete Werkstätte.[43]) Die modernsten Vertreter dieses verbrecherischen Typus wählen allerdings ein einfacheres Vorgehen, indem sie die erforderlichen Platten bei einem Graveur — selbstverständlich stets im Auslande — bestellen, gewöhnlich unter dem Vorwande, die Abzüge seien zu Reklamekarten oder Scherzartikeln bestimmt. An die betreffenden Gewerbetreibenden tritt damit nicht eine geringe Versuchung heran, nicht nur sich durch Ausführung des Auftrages strafbar zu machen, sondern auch das einmal erprobte Geschäft dann auf eigene Rechnung fortzusetzen.[44]) Ich möchte jedoch nicht unerwähnt lassen, daß in den zur Kenntnis der Berliner Behörden gelangten Fällen die Anzeige meist von den angegangenen Graveuren erstattet wurde.

7. Schlächter.

Das Schlächtergewerbe ist bereits oben[45]) als ein Beispiel der Berufe angeführt worden, welche die sittlichen Vorstellungen der

---

Herstellung falscher Rubelnoten und Briefmarken. — Morgenausgabe vom 3. 8. 1902. Verhaftung 1 Bankiers, 1 Photographen in Warschau wegen Anfertigung falscher Rubelnoten. — Abendausgabe vom 30. 9. 02. Verhaftung 1 Xylographen, 1 Cliché-Fabrikanten, 1 Setzers in Chemnitz wegen Anfertigung falscher Briefmarken. — Morgenausgabe vom 26. 10. 02. Verhandlung gegen 1 Chemiker in Hildesheim wegen Anfertigung falscher 10 Mk.-Stücke. — Morgenausgabe vom 11. 11. 02. Verhaftung eines Graveurs in Danzig wegen Anfertigung falscher Silbermünzen.

[42]) Photographie im Museum der Hamburger Kriminalpolizei.

[43]) Strafgesetzbuch, §§ 151, 360, Ziffer 4.

[44]) Lombroso, (Der Verbrecher II, S. 289) erwähnt einen Graveur, der für eine Gesellschaft eine Medaille zu stechen hatte, die einer gangbaren Landesmünze auffallend ähnlich war. Hierdurch wurde er zur Falschmünzerei verleitet.

[45]) S. 389.

darin tätigen Personen ungünstig beeinflussen. Der kriminelle Niederschlag hiervon erscheint als Zunahme der Roheitsdelikte in dieser Berufsgruppe. Als typisch ist vor allem die gefährliche Körperverletzung zu nennen. In ätiologischer Beziehung verweist v. Liszt auf den Fortfall der sonst gegen Blutvergießen wirksamen ästhetischen Hemmungsvorstellungen bei Menschen, deren Tätigkeit viel mit Blut in Berührung bringt.[46]) Auch gewaltsame Sittlichkeitsverbrechen wie Notzucht und Zuhältertum sind stark vertreten, eine Folge des vielfach beobachteten Zusammenhanges zwischen Grausamkeit und Sinnlichkeit.

Bereits Gall hatte bei seinen phrenologischen Untersuchungen die Entdeckung gemacht, daß eine Brücke von der gewerbsmäßigen Tiertötung zum Angriffe auf Menschenleben führt. Er erklärt diese Tatsache dahin: „Man findet bei fleischfressenden Tieren den Mord- oder Würgesinn hinter den Ohren, ebendenselben über den Ohren auch bei Menschen, welche eine Neigung haben, Tiere anderer Gattung zu töten, bei Fleischern, Köchinnen, aber auch bei Mördern und Henkern.“[47]) Die Widerlegung der längst überwundenen Gall'schen Theorie darf uns hier nicht aufhalten. Hervorgehoben sei nur, daß von Mord oder Totschlag als typischen Delikten eines Berufes, auch des Schlächterberufes, bei der Seltenheit dieser Verbrechen überhaupt keine Rede sein kann. Mit großer Vorsicht ist deshalb auch der Neigung zu begegnen, aus gewissen Eigentümlichkeiten der Wunden ermordeter Personen auf die Täterschaft eines Schlächters zu schließen. Allerdings berichtet Schwabe[48]) von einem durch Aufschlitzen des Unterleibes an einem fünfjährigen Kinde verübten Lustmorde, bei dem die geschickte Ausführung des Schnittes den Verdacht auf einen Schlächter lenkte und zur Ermittelung des Täters führte. Auf der anderen Seite sei an die Ermordung des Gymnasiasten Winter in Konitz erinnert. Die Vermutung, daß die Zerstückelung der Leiche durch einen

---

[46]) Ungedruckte Vorlesung über Psychologie des Verbrechens. — Vergl. Coßmann, Systematische Verrohung der Jugend, in der „Jugendfürsorge“, Jahrgang 1901, S. 450 über die verrohende Wirkung der ländlichen Schlachtfeste auf Kinder.

[47]) Citiert nach Baer, Der Verbrecher. S. 10.

[48]) Groß, Archiv für Kriminalanthropologie Bd. 4, S. 305 ff. — Wegen Verdachtes mehrerer an Prostituierten in Hamburg und Altona verübter Lustmorde befindet sich z. Z. ein Schlächter in Haft.

Schlächter oder jüdischen Schächter erfolgt sei, hat bisher keine Bestätigung gefunden. Im Falle eines von Feuerbach[49]) geschilderten Raubmordes fand die kunstgerechte Zergliederung des Leichnames ihre Erklärung durch die häufige Anwesenheit des Täters bei Sektionen während seines Aufenthaltes in einem Spitale.

Als charakteristisches Berufs-Roheitsdelikt der Schlächter kann dagegen die Gefährdung des Publikums durch überschnelles Fahren bezeichnet werden. In Berlin kommen hierfür neben den Kutschern fast ausschließlich Schlächter als Schuldige in Betracht. Das Amtsgericht I verurteilte im Jahre 1901 wegen dieser Straftat

in den Monaten							
April—Juni	6	Personen,	darunter	4	Kutscher,	2	Schlächter
Juli—September	8	=	=	4	=	4	=
Oktober—Dezember	11	=	=	5	=	4	=

Die Körperverletzung tritt ferner als Mißhandlung von Dirnen durch aus dem Schlächterberufe hervorgegangene Zuhälter auf. Daß die Gewalttätigkeit auch bei den Unzuchtsdelikten der Schlächter eine große große Rolle spielt, hat v. Oettingen nachgewiesen. Er berechnet[50]) die allgemeine Kriminalität dieses Berufes und der verwandten Gewerbe auf 3,5 %, die Beteiligung bei Unzucht an Kindern ebenfalls auf 3,5 %, bei der Notzucht an Erwachsenen — also dem eigentlichen Gewaltsdelikt — aber auf 6,1 %.

Es sei gestattet im wenn auch nur losen Anschlusse an das Vorstehende kurz die kriminologische Bedeutung einiger weiterer Berufe zu würdigen, welche ebenfalls durch Anstachelung der Grausamkeit geeignet sind, verbrecherische Ausschreitungen zu veranlassen. Es handelt sich um Tätigkeiten, welche die Aufsicht über eine große Anzahl niedriger stehender Personen einschließen. Lombroso[51]) erwähnt, daß die Majorales, Negerzüchter auf Kuba, durch ihr Gewerbe grausam werden. Es ist wohl der Erwägung wert, ob nicht auch bei den bekannten Ausschreitungen einzelner deutscher Kolonialbeamten die Notwendigkeit über Negerscharen unumschränkt und energisch zu gebieten eine bedauerliche verführende Wirkung geäußert hat, unbeschadet natürlich der Bedeutung klimatischer Einflüsse. Zu berücksichtigen bleibt hier allerdings wie beim

[49]) Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, S. 447.
[50]) Moralstatistik, S. 227.
[51]) Der Verbrecher, Bd. II, S. 291.

Schlächtergewerbe, daß zwischen Beruf und Verbrechen eine nicht zu unterschätzende Wechselwirkung besteht. Begreiflicherweise werden Erwerbszweige dieser Art mit Vorliebe von Personen ergriffen, deren angeborene Veranlagung einer gewissen Härte und Derbheit nicht entbehrt. Selbst bei der Wahl des Berufes als Lehrer, Arzt und Priester sollen entsprechende Beweggründe und sogar geradezu sadistische Neigung mitsprechen.[52])

Nicht unerwähnt lassen möchte ich schließlich, daß Lombroso[53]) eine Häufigkeit grausamer Delikte bei Berufen, die zu großer Einsamkeit verdammen, wie Hirten und Jäger annimmt. Material zur Unterstützung dieser Behauptung, habe ich nicht ermitteln können.

8. Häusliche Dienstboten.

Die Beteiligung der häuslichen Dienstboten an den einzelnen Verbrechen bietet dem Kriminalisten in besonderer Fülle lehrreiche Beispiele für die ätiologische Bedeutung des Berufslebens. Die allgemeine Kriminalität ist die niedrigste, welche die Tabelle aufweist. Die Gründe hierfür, die bereits erwähnte[54]) überwiegende Beteiligung weiblicher Personen sowie die geordneten häuslichen und wirtschaftlichen Verhältnisse[55]), deren sich die meisten Berufsangehörigen erfreuen, stehen nicht außer Zusammenhang mit der Eigenart dieses Berufes, welche zumeist weibliche Tätigkeit erfordert und von den Gefährdungen des sozialen Außenlebens fernhält. Der starke Prozentsatz, mit dem das weibliche Geschlecht vertreten ist, schließt die Vis-Delikte fast gänzlich aus. (Gewalt und Drohung gegen Beamte 0,07 — Notzucht 0,05 — gefährliche Körperverletzung 0,05). Wucher fehlt vollständig, eine Folge der wirtschaftlichen Schwäche. Zum Erwerbe gestohlenen Gutes bietet die häusliche Abgeschiedenheit wenig Gelegenheit (Hehlerei 0,26). Auch die häufiger vertretenen Straftaten verschwinden fast gegenüber den sonst in der Tabelle verzeichneten Ziffern, nur ihr Verhältnis zu der allgemeinen Kriminalität des Gesindeberufes selbst wird von Wichtigkeit. In Frage kommen die Eigentumsdelikte Betrug (0,72), Unterschlagung (0,54) und Diebstahl (1,0). Die

[52]) Bloch, Beiträge zur Ätiologie der Psychopathia sexualis, Bd. II, S. 26. — Fall Dippold.

[53]) Der Verbrecher, Bd. I, S, 327.

[54]) Oben S. 387.

[55]) Reichskriminalstatistik 1889, Erläuterungen II 22.

verhältnismäßig stark vertretene Brandstiftung dürfte mit wenigen Ausnahmen auf Rechnung des ländlichen Gesindes zu setzen[56]) sein; nicht selten wird dieses Verbrechen auch aus Heimweh begangen, in der Hoffnung, aus dem Dienste entlassen und zurückgeschickt zu werden (sogenannte Nostalgie).

Eine besondere Betrachtung erfordern die Straftaten, zu denen der Beruf des häuslichen Dienstboten Anreiz und Gelegenheit bietet. Das Eigentumsdelikt erscheint in der typischen Form des Hausdiebstahls, als dessen Hauptursache die beständige Berührung mit den nicht zum eignen Genusse bestimmten Vermögensstücken der Herrschaft anzusehen ist. Als Typus ist der Hausdiebstahl des Gesindes in der Sondervorschrift des § 247 im Reichsstrafgesetzbuch zur Anerkennung gelangt. Die darin gleichgestellte Unterschlagung bedarf vom soziologischen Standpunkte keiner besondern Erwähnung, da ihr bezeichnendes Tatbestandsmoment, die nahe körperliche Beziehung zum Objekte, nicht minder ein Charakteristikum des Hausdiebstahls bildet. Aus der Literatur verdient die kriminalistisch-technische Studie über den Hausdiebstahl im Großschen Handbuch für Untersuchungsrichter[57]) Erwähnung. Eine bemerkenswerte Feststellung findet sich bei Ferri[58]), der bei der Besprechung der Kriminalität in Frankreich auf die Seltenheit des Rückfalles beim Hausdiebstahl hinweist. Durchaus unzureichend erscheint mir die von Ferri versuchte Erklärung, die sich in der tatsächlichen Feststellung erschöpft, es handele sich hier um kein gewerbsmäßiges, vielmehr um ein Gelegenheitsdelikt. Damit ist nicht aufgeklärt, aus welchem Grunde die regelmäßige Wiederholung bei sich erneuernder Gelegenheit, d. h. die Entwicklung der Einzeltat zum Gewohnheitsdelikt unterbleibt. Dieses kriminologische Phänomen wird erst verständlich, wenn wir den Hausdiebstahl als typisches Vergehen des Dienstboten würdigen, dessen erste Bestrafung zumeist zum Berufswechsel zwingt und damit die Quelle des gleichartigen Rückfalles versiegen läßt.

Nicht mindere Bedeutung als dem Verhältnis des Gesindes zum Eigentum des Dienstherrn gebührt dem unausgesetzten persönlichen Verkehr zwischen beiden Parteien, der Anlaß zu einer

---

[56]) Oben S. 391. Auch bezüglich der Meineide des Gesindes (0,70) darf auf das dort für ländliche Verhältnisse Ausgeführte verwiesen werden.

[57]) S. 676.

[58]) Das Verbrechen als soziale Erscheinung S. 77.

Reihe der schwersten Verbrechen bietet. Bei 77 Bluttaten, welche in den Jahren 1891—1900 in Berlin verübt worden sind[59]), wurden in zehn Fällen Dienstmädchen als Täter ermittelt. Scheiden hiervon auch fünf am eignen Kinde verübte Tötungen Neugeborener aus, so bleiben noch immer fünf gegen die Herrschaft (und zwar in drei Fällen gegen deren Person, in zwei Fällen gegen die anvertrauten Kinder) begangene vollendete Morde, d. h. 6,5 pCt. aller Kapitalverbrechen — in Anbetracht der sonstigen Kriminalität des häuslichen Dienstboten ein ganz unverhältnismäßiger Prozentsatz. Im Anschluß ist die Häufigkeit der Sittlichkeitsdelikte zu erwähnen, denen Kinder seitens der ihnen bestellten Hüterinnen zum Opfer fallen. Eine Materialsammlung bietet jedes Lehr- und Handbuch der gerichtlichen Medizin[60]). Hier dürfte ein bedeutsames Gegenstück zu der meist recht einseitig betonten Gefahr der Verführung[61]) vorliegen, der das weibliche Dienstpersonal bisweilen ausgesetzt ist. Als kriminelle Folge sexuellen Verkehrs zwischen Dienstherr und Gesinde treten endlich vom letztern versuchte Erpressungen auf, vereinzelt sogar auf Grund dreister Erfindungen, ohne daß irgendwelche geschlechtlichen Beziehungen bestanden haben.

Im engsten Zusammenhange mit den zuletzt besprochenen typischen Delikten der weiblichen Dienstboten steht die Kriminalität einer verwandten Berufsgruppe, deren männliche Vertreter auf beständigen persönlichen Verkehr und häufige körperliche Berührung mit Geschlechtsgenossen angewiesen sind — Kammerdiener, Friseure, Masseure[62]), Heilgehilfen, Krankenwärter, auch Kellner. Aus ihren

---

[59]) Verwaltungsbericht des Berliner Polizeipräsidiums 1891—1900 S. 488.

[60]) Vgl. z. B. Straßmann, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1895 S. 65, 75; Casper-Liman, Handbuch der gerichtl. Medizin 1881 S. 103; Moll, Die konträre Sexualempfindung, 2. Aufl. S. 197 Anm. 3; Krafft-Ebing, Zur weibl. Homosexualität — im Jahrbuch f. sexuelle Zwischenstufen III S. 25 (Verführung zur Tribadie); Bloch, Beiträge zur Ätiologie der Psychopathia sexualis II S. 322 u. a.

[61]) Ausweislich der zahlreichen, durch meine Hand gegangenen protokollarischen Aussagen von Berliner Prostituierten, ist dem geschlechtlichen Verkehr zwischen Arbeiterinnen, Dienstmädchen usw. und Personen höherer Gesellschaftsklassen fast ausnahmslos ein solcher mit Standesgenossen voraufgegangen.

[62]) Das sogenannte „Masseusenunwesen" gehört nicht hierher, da der Beruf der Masseuse nicht kausal wirkt, sondern lediglich als Deckmantel der Gewerbsunzucht verwendet wird.

Reihen geht die große Schar der gewerbsmäßigen Päderasten und der Erpresser homosexuell veranlagter Personen hervor[63]). Als ätiologisches Moment ist vornehmlich die reichlich gebotene Gelegenheit zur Betätigung und Erweckung päderastischer Neigungen anzusehen. Daneben fordert die Berufstechnik Beachtung, die eine gewisse Gewandheit des Auftretens, sauberes, verhältnismäßig elegantes Äußeres bedingt, nicht selten auch zu einer höchst charakteristischen Effeminierung der Erscheinung und selbst der Sprache, als Folge der im Grunde genommen weiblichen Tätigkeit, führt und so die erwünschtesten Objekte homosexueller Begierden schafft.

Eine zweite, dem männlichen Dienstpersonal — im weitesten Sinn — eigentümliche verbrecherische Spezialität ist die Hochstapelei, unter Verwendung der den Kunden, Gästen usw. abgelauschten Umgangsformen und Kenntnisse. Bezüglich der Kellner ist allerdings zu berücksichtigen, daß dieser Beruf überhaupt den fruchtbarsten Nährboden für sämtliche Formen der chronischen Kriminalität abgibt. Außer als Päderasten, Erpresser, Hochstapler finden wir den Kellner vielfach als Gehilfen des gewerbsmäßigen Falschspielers, den er durch Zuführen neuer Opfer, durch Verabreichen gezinkter Karten an die spielende Gesellschaft, durch Mitteilungen aus den beim Bedienen eingesehenen Karten der Mitspieler unterstützt. Nicht minder häufig sind Bestrafungen von Kellnern wegen Diebstahls[64]), Einbruchs und Zuhälterei — letztere durch Verkehr mit Prostituierten in den Lokalen befördert. Einen interessanten Erklärungsversuch für die schwere Kriminalität des Standes enthält die von Hans Groß[65]) veröffentlichte „Autobiographie eines Rückfälligen" in folgenden Ausführungen: „Gerade der Kellner wird am leichtesten unehrlich. An Gehalt erhält er gerade so viel, um seine Wäsche bezahlen zu können, er ist hauptsächlich auf Trinkgeld angewiesen, hat viele Verluste durch Zechpreller, ist also fast gezwungen, wenn die Trinkgelder spärlich fließen, die Gäste zu über-

---

[63]) Vgl. z. B. Näcke, Angebot und Nachfrage Homosexueller — in Groß Archiv VIII S 345.

[64]) Reuß, Not und Verbrechen — in den Preuß. Jahrbüchern 1901 Bd. 105 S. 501: „Er will sich damit rechtfertigen, daß alle Kellner stehlen, was ihm natürlich (!) niemand glaubt. da es wohl auch Kellner geben wird, die energisch dagegen protestieren werden, daß Stehlen eine übliche Standes- und Geschäftssitte sei." Vgl. auch daselbst S. 511.

[65]) Archiv für Kriminalanthropologie IX S. 97.

vorteilen, dazu saugt er ganz unbewußt den Hang zum leichten Leben ein." Gegenüber der in diesen Zeilen etwas übermäßig hervorgehobenen materiellen Notlage, die schließlich nicht dem Kellnerberufe eigentümlich ist, möchte ich auf die Bemerkungen von Jentsch-Reiße[66]) über die geistige Verödung hinweisen, der gerade der Kellner leicht vom Beginn der Lehrjahre an ausgesetzt ist. Damit ist ein ätiologisch schwerwiegender Ausfall zahlreicher und wichtiger Hemmungsvorstellungen verknüpft. Entscheidendes Gewicht dürfte endlich dem Nachtleben beizumessen sein, welches durch die Tätigkeit des Kellners bedingt wird und mit Recht als die „erste Schule des Gauners" bezeichnet worden ist[67])[68]).

Der in vorstehenden Ausführungen versuchte Nachweis des kausalen Zusammenhanges zwischen bestimmten Berufen und gewissen typischen Verbrechensformen bezweckte in erster Hinsicht, einen neuen Weg kriminologischer Untersuchungsmethode anzubahnen. Nur angedeutet seien zum Schluß einige wichtige kriminalpolitische Folgerungen, die sich mit Notwendigkeit aus der gewonnenen Erkenntnis einer der zahlreichen gesellschaftlichen Ursachen des Verbrechens ergeben.

Mit allem Nachdruck muß die Berücksichtigung etwa vorhandener verbrecherischer Neigungen bei der Berufswahl gefordert werden. Allerdings nicht nach der Richtung des verblüffenden, von Lombroso[69]) unterbreiteten Vorschlages, schlecht veranlagte Personen solchen Beschäftigungen zuzuführen, in denen ihre Leidenschaften Befriedigung finden und in „geregelte Bahnen" gelenkt werden. Sozialgefährliche Ausschreitungen eines blutdürstig und grausam veranlagten Menschen wird man durch dessen Unterbringung im Schlächterberufe nicht verhindern, sondern heraufbeschwören. Oder hofft Lombroso wirklich einen angehenden Einbrecher zu bessern, indem er ihm Gelegenheit bietet, seine angeborene

---

[66]) Kellnerschutz — in der Sozialen Praxis Jahrg. XI Nr. 52.

[67]) Koloman Berkes, Das Leben und Treiben der Gauner S. 20/21.

[68]) Das berufsmäßige Nachtwachen ist m. E. auch die Hauptursache der unter Kellnern und Bäckern herrschenden Spielwut. In einer Liste gewerbsmäßiger Berliner Buchmacher fand ich 64 Agenten (farblose Bezeichnung), 15 Kellner, 9 Bäcker, 6 Schlächter, alle übrigen Berufe nur je einmal vertreten.

[69]) Neue Fortschritte in den Verbrecherstudien (Übersetzung von Merian) S. 379.

Handgeschicklichkeit als Schlosser zu betätigen? Die Sicherheit der Gesellschaft erheischt Fernhaltung des jugendlichen Individuums von jedem Gewerbe, welches geeignet erscheint, die bei dem Einzelnen zu Tage getretenen verbrecherischen Keime zur Entfaltung zu bringen. Die Durchführung dieser bedeutungsvollen Vorbeugungsmaßregel ist nur in beschränktem Umfang zu den Aufgaben des Staates und der Gesetzgebung zu rechnen. Die Bestimmungen der Gewerbeordnung[70]), nach denen Unternehmern von Privat-Krankenanstalten, Schauspielunternehmern, Gastwirten, Pfandleihern, Stellenvermittlern usw. die Konzession bei mangelnder Zuverlässigkeit „in Beziehung auf die Leitung", „in sittlicher Hinsicht" oder bei Befürchtung des Mißbrauchs zur „Förderung der Unsittlichkeit" zu versagen ist, bilden einen Ansatz nach dieser Richtung. Weitere staatliche Förderung der angestrebten Ziele ist durch Vermittelung der öffentlichen Berufsverbände, Handelskammern, Innungen und ähnlicher Interessenvertretungen zu erreichen. Das reichste Feld öffnet sich hier jedoch für die verdienstvollen Bemühungen der Jugendschutzvereine und verwandter Wohlfahrtsveranstaltungen, zumal der neuerdings mehr und mehr sich ausbreitenden Ortsgruppen des Freiwilligen Erziehungsbeirats für schulentlassene Waisen und der Vereine zur Besserung der Strafgefangenen. Vielleicht den Hauptzweig ihres Wirkens bildet die Beratung und Unterstützung der Kinder, welche des natürlichen Schutzes beraubt aus der Schule in das Leben treten, der Sträflinge, denen sich nach verbüßter Haft die Gefängnistore öffnen, bei der Auswahl des künftigen Erwerbes, ihre Unterbringung in Lehr-, Dienst- und Arbeitsstellen[71]). Die eingehende Prüfung der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Pfleglings in Hinsicht auf die Anforderungen des gewünschten Berufes ist hierbei von jeher üblich[72]). Ebensowenig sollte eine sorgfältige Abwägung

---

[70]) §§ 30, 32, 33, 34, 35.

[71]) Der Freiwillige Erziehungsbeirat für schulentlassene Waisen in Berlin, der in 11 Gruppen mit 264 Bezirksausschüssen die ganze Stadt umfaßt, hat durch seine Pfleger und Pflegerinnen im Jahre 1901 — 1566, 1902 — 1397 Pfleglinge in Lehrstellen und Dienststellen untergebracht. (6. u. 7. Jahresbericht des Vereins S. 16.)

[72]) Vgl. den trefflichen „Wegweiser für die Berufswahl" herausgegeben vom Freiwilligen Erziehungsbeirat für schulentlassene Waisen zu Berlin. Hamburg, 1902.

der dem Berufe eigentümlichen kriminellen Ausartungen und der moralischen Eigenschaften des Schutzbefohlenen unterbleiben.

Auch bei der Bestimmung der Gefängnisarbeit fordert der Zusammenhang zwischen Beruf und Verbrechen Beachtung. Der erhebliche Prozentsatz, den Diebe und Einbrecher zur Bevölkerung der Strafanstalten stellen, muß Veranlassung bieten Tischlerei, Schlosserei und alle verwandten Gewerbe von vornherein auszuschließen.

Zu demselben Ergebnis führt die Überlegung, daß die wegen leichterer Straftaten Inhaftierten oft nur durch den Mangel der erforderlichen technischen Fertigkeit bisher davon abgehalten wurden, sich in dem Hauptgebiete des gewerbsmäßigen Verbrechertums — dem Einbruchsdiebstahl — zu versuchen[73]), ganz abgesehen davon, daß die Aushändigung der notwendigen Werkzeuge an die Gefangenen das Wärterpersonal gefährlichen Angriffen aussetzt und Ausbruchsversuche erleichtert.

Demnächst wird die Erkenntnis, in welcher Form und in welchem Maße der einzelne Beruf kriminelle Wucherungen erzeugt, von Wichtigkeit für die Reglementierung und Überwachung der Ausübung bestimmter Gewerbe. Die Häufigkeit der Hehlerei und des verschleierten Wuchers bei den Pfandleihern, der Kuppelei und Ausbeutung durch Gesinde- und Stellenvermittler haben bereits dazu geführt, daß diese Geschäftsleute einer beständigen polizeilichen Kontrolle unterstellt wurden[74]). Inwieweit die damit gemachten Erfahrungen für eine Ausdehnung dieser Maßregel auf weitere Betriebe sprechen, bedarf noch der Prüfung. Dagegen erscheint es mir zweifelsfrei, daß die Ausschließung aus dem Berufe durch Ausspruch der Behörde eine außerordentlich beachtenswerte und wirksame gesellschaftliche Sicherungsmaßregel darstellt. Ich habe hierbei nicht nur die Konzessionsentziehung bei bewiesener Unzuverlässigkeit, wie sie im § 35 der Reichsgewerbeordnung vorgesehen

---

[73]) „Einer der gewiegtesten Einbrecher Berlins war der ehemalige Schneider W. St. . . . Seine ungemeine Fertigkeit im Verfertigen von Dietrichen, Nachschlüsseln usw. hat er sich während der Verbüßung einer längeren Zuchthausstrafe in Halle angeeignet, wo er 5 Jahre mit Schlosserarbeiten beschäftigt wurde." (Aus der Berliner Verbrecherwelt von ? ? — Berlin, 1887, bei Siegfried Cronbach S. 74.)

[74]) Reichsgewerbeordnung § 38 und die dazu ergangenen Landesgesetze und Verordnungen.

ist, im Auge sondern vor allem die zeitliche oder dauernde Untersagung der Berufsausübung durch Richterspruch als Strafe. Das geltende Recht kennt auf diesem Gebiet nur die in den §§ 33, 34 Ziffer 3, 35 des Reichsstrafgesetzbuches vorgesehenen Ehrenstrafen, den Verlust öffentlicher Ämter sowie die Unfähigkeit, solche zu erlangen oder zu bekleiden. Erheblich weiter geht die Fassung des Art. 34 des Vorentwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch[75]):

„Hat der Täter durch ein Verbrechen die Pflichten des Berufes, Gewerbes oder Handels, den er betreibt, grob verletzt, und liegt Gefahr weitern Mißbrauchs vor, so untersagt ihm der Richter die Ausübung des Berufs, Gewerbes oder Handels für die Zeit von 1—15 Jahren."

Diese Vorschrift erfüllt ausgezeichnet die wichtige Funktion gesellschaftlicher Sicherung und erscheint vortrefflich geeignet als Ersatz kurzzeitiger Freiheits- wie uneintreibbarer Geldstrafen. Sie bedarf aber meines Dafürhaltens der Erweiterung auf solche Fälle, in denen der Täter zwar nicht die Spezialpflichten seines Berufes verletzt, sich aber als gewohnheitsmäßigen Vertreter der dem Berufe typischen Kriminalität erwiesen hat. Ich würde folgenden Zusatz vorschlagen:

„Die Untersagung ist lebenslänglich auszusprechen, wenn der verbrecherische Hang des Täters auf die Wirkung seiner Berufstätigkeit zurückzuführen ist."

---

[75]) Nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Art. 33 enthält die Strafe der Amtsentsetzung.

Beteiligung der Berufsstände im Deutschen Reiche an der Kriminalität nach dem Durchschnitt der Jahre 1890 – 1894, zurückgeführt auf die Ergebnisse der Berufszählung von 1895.

Die angegebene Zahl bedeutet X in folgender Gleichung: Prozentsatz der Kriminalität des Berufes.	Land- und Forst-Wirtschaft, Jagd und Fischerei		Industrie, Bergbau und Bauwesen		Handel und Verkehr, (einschließlich Gast- und Schankgewerbe)		Öffentlicher und Hofdienst, sog. freie Berufsarten	Häusliche Dienstboten	Arbeiter, Tagelöhner ohne bestimmte Berufe	Ohne Beruf oder Berufsangabe
Prozentsatz des Berufes in der strafmündigen Bevölkerung $= \frac{X}{1}$	Selbständige	Gehilfen	Selbständige	Gehilfen	Selbständige	Gehilfen				
Allgemeine Kriminalität	0,67	1,21	1,14	1,78	2,48	1,41	0,59	0,37	17,34	0,79
Gewalt und Drohung gegen Beamte	0,41	0,76	0,93	2,73	1,65	1,76	0,44	0,07	26,35	0,38
Meineid	1,21	1,55	1,80	1,25	3,09	0,88	0,55	0,70	13,18	0,67
Unzucht mit Gewalt, Notzucht	0,21	1,45	1,20	2,55	1,39	1,39	1,45	0,05	14,83	0,33
Gefährliche Körperverletzung	0,73	1,66	0,93	2,43	1,26	0,95	0,28	0,05	14,33	0,16
Diebstahl	0,34	1,50	0,41	1,70	0,61	1,32	0,27	1,00	25,00	0,22
Unterschlagung	0,33	0,99	1,20	1,87	2,00	3,12	0,77	0,54	21,15	0,26
Hehlerei	0,50	1,01	0,95	1,31	2,96	1,02	0,24	0,26	24,00	0,31
Betrug	0,34	1,22	1,11	1,86	3,65	2,46	0,95	0,72	16,00	0,24
Wucher	0,57	0,04	2,16	0,00	26,00	0,98	1,04	0,00	0,00	2,17
Brandstiftung	0,64	2,52	1,05	1,31	1,04	0,39	0,18	0,93	11,83	0,29

23.

Verſchickung freiwillig auswandernder Inſaſſen der Gefängniſſe von Mecklenburg nach Braſilien in den Jahren 1824 und 1825.

Auszug aus amtlichen Akten

von Gerichts-Aſſeſſor Dr. iur. et phil. Ernſt Roſenfeld-Berlin.

Während in den letzten Jahren wiederholt von dem Transportationsvertrage von 1800 zwiſchen Rußland und Preußen die Rede[1]) geweſen iſt, ſcheint die Tatſache, daß auch Mecklenburg, wenn

[1]) Über die Deportationsfrage in Preußen ſiehe: 1. Stölzel, Brandenb. Preuß. Rechtsverwaltung. Bd. II S. 346—357 u. 499. 2. Rabe, Sammlg. Preuß. Geſetze Bd. VI S. 460 ff. (Bericht v. 24. 2. u. Kab.-O. v. 28. 2. 1801.) 3. Annalen d. Geſetzgebg., herausgeg. v. Klein. Bd. 20 S. 303. 4. Paalzow. Magazin d. Rechtsgelehrſamkeit Bd. I S. 284. 5. Wagnitz, Ideen u. Plane. Halle 1801. Zweite Sammlung. 6. Wagnitz, Hiſtor. Nachrichten, Halle 1791, Bd. I S 211. 7. Neues Archiv d. Preuß. Geſetzgebg. herausgeg. v. Amelang. 1803. Bd. II S. 90, 105. 8. von Kamptz' Annalen Jahrg. 1838, S. 242 u. 507; ebenda S. 1046—1049 ein Aufſatz des Reg.-Aſſ. v. Clauſewitz. 9. von Kamptz' Annalen Jahrg. 1839, S. 894, 895.

Der bei Stölzel Bd. II S. 499 erwähnte Staatsminiſterialbeſchluß iſt vom 11. Juni 1828. Er ſagt: Das Staatsminiſterium ſei Gegner der Deportation, weil bei Verſchickung in fremde Länder Preußen jede Kontrole aus der Hand gäbe. Bei Beratung des Allgemeinen Teils des Preuß. Strafgeſetzbuchs ſei auch die Deportation als Strafart abgelehnt worden. Seine Majeſtät werde gebeten, den Schleſ. Provinzialſtänden zu eröffnen, daß ihr Antrag bei der bevorſtehenden Reviſion der Strafgeſetze einer ſorgfältigen Prüfung unterworfen werden werde.

Unter dem Datum des 16. Auguſt 1824 gab die Mecklenburgiſche Regierung dem Preußiſchen Miniſterium des Innern eine ausführliche Darſtellung der Ausführung der erſten Verſchickung (die betr. Akten des Min. des Innern ſind eingeſtampft) und nahm hierauf in der Antwort Bezug, die ſie im September 1837 dem Preuß. Juſtizminiſter auf deſſen Frage erteilte, ob Mecklenburg eine Deportation im eigentlichen Sinne gekannt habe, dieſe Frage gleichzeitig verneinend.

auch nicht eine Fortschaffung von Strafgefangenen zur weiteren Verbüßung der Strafe, so doch eine unter strenger Bewachung erfolgende Abschiebung detinierter Personen nach Südamerika gekannt hat, in Vergessenheit geraten zu sein.

Wie aus dem mir durch das Großherzogliche Geheime und Haupt-Archiv zu Schwerin sowie Herrn Ober-Inspektor Oberst von Wickede zu Güstrow liebenswürdigerweise zur Verfügung gestellten und mit Genehmigung der Großherzoglich Mecklenburg-Schwerin'schen Regierung im Auszuge veröffentlichten Material erhellt, sind in den Jahren 1824 und 1825, neben Insassen des Landarbeitshauses zu Güstrow, auch solche aus der Festung zu Dömitz und dem Kriminalgefängnis zu Bützow, also Korrektionäre und Strafgefangene, zwangweise nach Brasilien geschafft worden.

In Mecklenburg-Schwerin wurde die Frage der Verschickung unmittelbar durch das Schreiben der Preußischen Regierung vom 1. März 1801 angeregt, in welchem mitgeteilt wurde, daß man mit dem Kaiser von Rußland einen Deportationsvertrag geschlossen habe und nun „da man in Berlin vernehme, daß der Herzog von Mecklenburg in ähnlichem Verhältnisse zu Rußland stehe" in Schwerin anfrage, wie dort die Ausführung der Transportation nach Sibirien geregelt sei. Die Antwort lautete, daß man eine Deportation in Mecklenburg nicht kenne; gleichzeitig aber wurde auf das Aktenstück der Vermerk „ad deliberanda" gesetzt und vom Referenten hinzugefügt, daß das Projekt bedenklich, zwar wohl allgemein abschreckend, die Ausführung aber jedenfalls sehr teuer sei. Die Frage ruhte dann in Schwerin bis im April 1803, als der Justizrat von Raven unter Beziehung auf das Vorgehen Preußens die Deportation nach Sibirien einmal für den ihm vorliegenden Spezialfall eines Inquisiten, den er zu verteidigen hatte erbat, dann aber auch die Frage ganz allgemein der Regierung zur Erwägung stellte. Sein Vorschlag wurde als unstatthaft abgelehnt.

Erst im Jahre 1823 trat das Mitglied der dirigierenden Kommission des Land-Arbeits-Hauses zu Güstrow, Oberst Graf von der Osten-Sacken, angeregt durch einen in der Vossischen Zeitung vom 22. April d. J. erwähnten Werbe-Aufruf der Niederländischen Regierung für ihren Kolonial-Militärdienst der Frage wiederum näher.

Das am 15. April 1817 im vormaligen Residenzschlosse er-

öffnete Land-Arbeits-Haus zu Güstrow diente nach der Patent-Verordnung vom 3. Februar 1817 (Gr. M. Offizielles Wochenblatt, S. 97—146) lediglich zur Aufnahme von Bettlern und Landstreichern nebst deren Familien und zwar 1) von fremden Bettlern und Landstreichern beiderlei Geschlechts, welche mangels eines zu ihrer Aufnahme verpflichteten Staates nicht ausgewiesen werden konnten, 2) von einheimischen Personen, zu deren Aufnahme kein Ort verpflichtet war, 3) von einheimischen Bettlern und Landstreichern, die trotz gehöriger Bemühung ihrer Ortsbehörde nicht vom Betteln, Müßiggange und Umherlaufen abgehalten werden konnten, also einer wirksamen Besserungsvorkehr bedurften.

Die Klassen 1 und 2 umfaßten die Heimatlosen, die zu 3 die Korrektionäre. Hierbei wurde als Landstreicher angesehen: „Jeder, der ein verbotenes, nutzloses oder gar gefährliches Gewerbe betreibt und wer sich ohne Legitimation oder gültigen Paß mit unzulässigen oder unzulänglichen Erwerbsmitteln den Umtrieb im Lande zu verschaffen sucht, mithin namentlich: Bärenführer, Marionettenspieler, Seiltänzer, Musikanten 2c. 2c.

Die Kinder beiderlei Geschlechts, welche mit ihren vagabondierenden Eltern betroffen wurden, waren von der Aufnahme in die Anstalt ausgeschlossen „um das moralische Verderben der Eltern auf die künftige Generation so wenig als möglich zu verpflanzen", sie werden bei ordentlichen Familien, vorzüglich auf dem Lande, für ein Kostgeld untergebracht; Säuglinge und schwächliche kleine Kinder aber kamen zunächst in eine besondere, unter der Leitung einer Kinderfrau stehende Abteilung des Arbeitshauses, bis sie Pflegern zur Erziehung übergeben werden konnten. Hatten sie das 14. Lebensjahr vollendet und waren sie konfirmiert, so mußten sich die Vorsteher des Arbeitshauses bemühen, die Knaben und Mädchen bei rechtschaffenen Dienstherren und zwar in der Regel auf dem Lande unterzubringen.

Die Einsperrung im Arbeitshause erfolgte auf eine bestimmte Zeit, die Entlassung konnte allerdings nur dann — was sich selten ereignete — erfolgen, wenn der Eingebrachte mit oder ohne Hilfe der Anstalt Arbeitsgelegenheit erhalten hatte, oder wenn wohl begründete Aussicht vorhanden war, daß er fortan nicht betteln, sondern sich ehrlich ernähren würde.

Erster Beamter der Anstalt war der Ober-Inspektor, Aufsichtsbehörde war die aus einem Güstrow'schen Beamten, einem ritter-

schaftlichen und einem landschaftlichen Deputierten zusammengesetzte dirigierende Kommission des Land-Arbeitshauses; sie bestand in der genannten Zeit aus dem Grafen Osten-Sacken auf Bellin, dem Major von Oertzen und dem Geheimen Hofrat Trotsche.

Diese Herren machten nun der Regierung zu Schwerin den Vorschlag, mit dem Niederländischen Kriegsminister in Verbindung zu treten, um ihn für die Übernahme einer größeren Zahl der heimatlosen Insassen des Land-Arbeits-Hauses in den dortigen Kolonialdienst zu gewinnen.

In dem Schreiben hieß es: „In dem Landarbeitshaus befindet sich eine bedeutende Anzahl junger, kräftiger Leute, die heimatlos oder diesen gesetzlich gleich zu achten. Ihre Unterbringung in den Dienst hat mancherlei Schwierigkeiten, teils sind es vagabondierende Kaufleute, Seiltänzer und Leute von ähnlichem Gewerbe, die in den Städten nicht aufgenommen werden und für den Landmann nicht brauchbar sind, teils um so weniger Dienst finden, als gegen diese Leute, und wohl im allgemeinen nicht mit Unrecht, ein Vorurteil der Untüchtigkeit existiert. Wird nicht auf andere Weise für Fortschaffung solcher Leute gesorgt, so bleiben sie fürs Leben im Landarbeitshause — eine ebenso harte als unverdiente Beraubung aller Freiheit. Ehedem blieb ihnen der Soldatenstand; sie fanden in Preußen, Österreich und anderen deutschen Ländern und freien Städten als Soldaten Beschäftigung — was aber jetzt bei dem in Deutschland und den benachbarten Staaten eingeführten neueren Militär-System fast gänzlich aufgehört hat. Nur einzelne Staaten, wie das Königreich der Niederlande werben und bilden Korps von Ausländern für den inneren oder den Dienst in den Kolonien." Der unterzeichneten Kommission schien dies eine Gelegenheit, einer großen Anzahl der heimatlosen Arbeiter einen freien Aufenthalt und Beschäftigung zu verschaffen.

Die Kommission, durch die Kabinets-Ordre des Großherzogs Friedrich Franz vom 10. Juni 1823 hierzu autorisiert, setzte sich mit dem Mecklenburgischen Vize-Konsul Travers in Amsterdam in Verbindung; die Sache zerschlug sich jedoch, da die Niederländische Regierung wohl gewillt war, einzelne mit Paß versehene, auch aus dem Landarbeitshause entlassene Männer, die sich persönlich zum Militärdienst meldeten, aufzunehmen, nicht aber mit einer fremden Regierung wegen genereller Übernahme von Vagabonden

zu verhandeln. Auf diesem Standpunkt blieb sie auch, als dieselbe Angelegenheit im Jahre 1845 erneut zur Sprache kam.

Erfolgreicher waren die Verhandlungen mit dem Kaiserreich Brasilien: Die Anregung ging hier nicht von der dirigierenden Kommission, sondern von dem Major von Reiche aus, an welchen sich einige Jahre vorher Graf Osten-Sacken mit dem Anerbieten gewandt hatte, Leute aus dem Arbeitshause als Kolonisten nach Rußland mitzunehmen. Von russischer Seite war jedoch damals hiergegen Einspruch erhoben worden.

Der Major von Reiche hatte eine Kompagnie bei den Brasilianischen Jägern erhalten, zu deren Übernahme er nach Brasilien zu reisen im Begriffe stand; er war von dem Agenten der dortigen Regierung, dem Major Ritter von Schäfer, der in Hamburg weilte, beauftragt worden, für den Brasilianischen Militärdienst Leute anzuwerben. Unter dem Datum des 10. April 1824 fragte er nun bei dem Grafen Osten-Sacken an, ob er solche Männer aus dem Arbeitshause erhalten könne, wobei er bemerkte, daß eine Fregatte mit 400 Auswanderern bereits abgefahren sei, daß zur Zeit noch zwei Schiffe im Hamburger Hafen lägen, für diese schon 700 Mann angeworben seien und es sich nur noch um das Gewinnen von gegen 100 Mann handele.

Die dirigierende Kommission des Land-Arbeits-Hauses ersuchte alsbald den diplomatischen Vertreter des Großherzogtums, den Legationsrat Dr. Mecklenburg zu Hamburg, mit dem Major von Schäfer in Verbindung zu treten, um die näheren Bedingungen zu erfahren, deputierte auch den Grafen Osten-Sacken nach Schwerin, um dem Großherzoge die Sache mündlich vorzutragen.

In Verfolg der gewährten Audienz erließ Großherzog Friedrich Franz die Kabinets-Ordre vom 12. Mai 1824, in welcher er den Vorschlag, freiwillig auswandernde Insassen des Arbeitshauses nach Brasilien zu transportieren genehmigte, die Kommission ermächtigte, mit dem Major von Schäfer nach Prüfung seiner Legitimation zu verhandeln und auch eventuell den Transport zu Lande bis Boizenburg und von da zu Wasser nach Hamburg vorzubereiten, endlich ihr ein Verzeichnis der zu Transportierenden einzureichen befahl.

Unter den etwa 100 Korrektionären und 200 Heimatlosen des Güstrower Arbeitshauses befand sich in jenen Tagen eine größere Zahl von Leuten, welche sich am 4. Oktober 1823 an einer

Meuterei im Arbeitshause beteiligt hatten und nun daselbst in Untersuchungshaft gehalten wurden; auf Antrag der Kommission hob der Großherzog die Untersuchung gegen diejenigen Inkulpaten, welche freiwillig nach Brasilien zögen, auf und begnadigte sie unter dieser Bedingung. Dank den Bemühungen des Legationsrats Mecklenburg kam es bald zu voller Verständigung mit dem Brasilianischen Gesandten; dieser fuhr am 31. Mai 1824 nach Güstrow, suchte sich die ihm geeignet erscheinenden Leute aus und schloß dann namens der Brasilianischen Regierung einen förmlichen Vertrag mit der dirigierenden Kommission des Land-Arbeits-Hauses. In diesem verpflichtete er sich, die in einer Liste verzeichneten männlichen und verheirateten weiblichen Personen nach freier Wahl derselben als Kolonisten, Künstler, Handwerker oder Soldaten für Brasilien anzunehmen. Die Leute sollten auf Kosten der Mecklenburgischen Regierung bis auf das im Hamburger Hafen liegende Schiff gebracht werden und von der Brasilianischen Regierung freie Überfahrt nebst Beköstigung und ärztliche Hilfe erhalten. Wer sich für den Soldatenstand entschließe, müsse auf 6 Jahre kapitulieren und erhalte bereits vom Tage der Einschiffung seinen Sold in barem Gelde. Nach 6 Jahren stehe es ihm frei, erneut zu kapitulieren oder Kolonist zu werden. Jeder, der Kolonist werden wolle, erhalte in einer der südlichen Provinzen des Reiches mit dem für Deutsche passenden Klima für sich und seine Familie 200 Morgen, bei mehr als 3 Kindern ein verhältnismäßig größeres Stück Land, ferner ein entsprechend großes Haus, nebst Inventar, Vieh, Sämereien und Lebensmittel für sich und seine Familie auf 18 Monate — alles dies sofort zum Eigentum. Als Künstler oder Handwerker endlich werde er mit Arbeiten für die Regierung beschäftigt werden und freie Wohnung mietweise erhalten.

Mit dem Augenblick der Einschiffung nach Brasilien werde jeder Kolonist Brasilianischer Bürger mit allen Rechten des eingeborenen Brasilianers. Nach Verlauf von 10 Jahren stehe es ihm frei, auf seine Kosten von Brasilien fortzuziehen.

Dieser Vertrag wurde durch Kabinets-Ordre vom 2. Juni 1824 ratifiziert; gleichzeitig erteilte der Großherzog denjenigen männlichen und weiblichen Insassen des Arbeitshauses, welche sich noch vor der Einschiffung mit einander verheiraten wollten, generelle Dispensation vom Aufgebot. Endlich wurde die Kommission beauftragt, mit jeder einzelnen zu transportierenden Person ein

eingehendes Verhör anzuſtellen, ihre vermögens- und familienrechtlichen Beziehungen tunlichſt ordnen zu helfen und ſie darauf aufmerkſam zu machen, daß die Mecklenburgiſche Regierung keine Gewähr dafür übernehmen könne, daß Braſilien die übernommenen Verpflichtungen auch halten werde. Einige wurden durch dieſe Vorhaltungen abgeſchreckt, die Meiſten aber ergriffen freudig die Gelegenheit, die Freiheit, ja eigenes Beſitztum, wenn auch im Auslande, zu erlangen und erklärten ſich bereit, ſich nach Braſilien transportieren zu laſſen.

Die abgeſchloſſene Liſte enthielt: 77 Männer, 23 Frauen, 33 Kinder. Dieſe wurden am 24. Juni 1824 um 4 Uhr morgens auf 9 vierſpännige Wagen zu je 12—16 Perſonen verteilt und der mit 12 Mann unter Führung zweier Brigadiers eingetroffenen berittenen Gensdarmerie zum Transports übergeben. Um 9 Uhr abends kam der Zug in Banskow an. Hier war der mit der ökonomiſchen Leitung des Transports beauftragte Arbeitshaus-Inſpektor Ladewig bereits eingetroffen und hatte Abendeſſen und Nachtlager vorbereitet.

Am nächſten Morgen ging die Reiſe unter ſtrömendem Regen weiter; abends um 9 Uhr kamen die Leute ganz durchnäßt in Schwartow an. Um ſo willkommener war ihnen die neue braſilianiſche Bekleidung, welche der Major von Schäfer den Männern zu liefern, vertragsmäßig übernommen und die der Legationsrat Dr. Mecklenburg ſelbſt nach Schwartow gebracht hatte. Übrigens entwiſchte hier beim Abſteigen vom Wagen ein Korrigende, und wurde nicht wieder eingebracht.

In Schwartow wurde übernachtet, am nächſten Morgen wieder aufgeſeſſen und nach Boizenburg gefahren, wo man am Ufer der Elbe bereits um $^1/_2$9 Uhr morgens ankam. Hier ließen die begleitenden Gensdarmen ihre Pferde zurück; die Leute wurden auf einen großen gemieteten Kahn, der mit einem Holzverſchlage zum Schutze der Transportanden vor Sonne und Regen verſehen worden war, geſchafft. Am 27. Juni abends um 7 Uhr trafen ſie bei der hinter Blankeneſe ſtationierten Fregatte „Georg Frederic“ ein. Die Ausſchiffung ging hier glatt von ſtatten, bis auf einen gewiſſen R., der bereits während der Nacht in Schwartow entwichen, aber in der Nähe beim Betteln betroffen und alsbald zum Transport zurückgeſchafft worden war. Dieſer gebärdete ſich wie unſinnig und war aus dem Elbkahne nicht herauszubringen, ſodaß

der Major von Schäfer ihn mitzunehmen entschieden ablehnte. Er wurde daher in das Arbeitshaus zurückgebracht.

Die Aufnahme der Leute auf dem Schiffe war gut, sie wurden, wie der den Transport begleitende Brigadier berichtet, mit Sie angeredet, man zeigte ihnen die Schlafstellen: Verheirateten mit Familie einen Verschlag im oberen Deck, je 5 unverheirateten eine Koje im unteren Deck. Auch das Essen war gut und reichlich. Trotzdem wurde einigen, kaum daß das Schiff am 28. Juni den Hafen verlassen und sich auf offenem Meere befand, ihr Entschluß leid, sie baten den Kapitän, sie an Land setzen zu lassen, was jener ohne weiteres mit 4 Leuten, darunter 2 Heimatlosen aus Güstrow tat. Diese zwei wurden bald bettelnd von der Gendarmerie betroffen und in das Land-Arbeits-Haus zurückgebracht.

Die anderen erreichten nach 72tägiger glücklicher Fahrt den Hafen von Rio de Janeiro.

Über den Verlauf der Reise berichtet ein zu den Akten eingereichtes Tagebuch. (vol. II der Akten des Landarbeitshauses betr. Auswanderung nach Brasilien, Nr. 106.)

Nachdem dieser erste Versuch anscheinend geglückt war, ermächtigte Großherzog Friedrich Franz durch Kabinets-Ordre vom November 1824 den Grafen Osten-Sacken die Auswanderung von Insassen der Festung Dömitz in gleicher Weise vorzubereiten, und erklärte „alle diejenigen Sträflinge des Zucht- und Stockhauses der Festung Dömitz zu begnadigen, welche sich zur freien Auswanderung nach Amerika entschließen."

Infolge hiervon verließ am 6. September 1824 ein Transport — der zweite in Mecklenburg — von 37 Männern und 13 Frauen des Zuchthauses, von 28 bürgerlichen Strafgefangenen und 11 Militärarrestanten des Stockhauses die Stadt Dömitz.

Ein dritter Transport endlich — der letzte — ging zu Anfang August 1825 ab. Vom Landarbeitshause zu Güstrow nahmen dieses Mal 32 Männer, 6 Frauen und 2 Kinder, von dem Zuchthause zu Dömitz, 9 Männer und 6 Frauen (von Letzteren „ist eine keine Verbrecherin, sondern nur zur Kur hier"), von dem dortigen Stockhause 11 bürgerliche Strafgefangene und 7 Militärarrestanten teil. Hierzu kamen dieses Mal noch 10 Mann und 1 Frau, (Kindesmörderin) aus dem Kriminalgefängnis zu Bützow, dem damaligen Untersuchungsgefängnisse; sie waren erst kürzlich verurteilt und noch nicht nach Dömitz überführt worden. Während

man bezüglich der Inſaſſen der anderen Anſtalten nicht zu genau in der Auswahl der zur Auswanderung zugelaſſenen Elemente geweſen zu ſein ſcheint, war man hier ſtrenger und ſchied viele ſchwer Beſtrafte aus „um nicht zum Nachteil der Gerechtigkeit die ſehr verſchiedenen Grade der Strafbarkeit ganz zu verwiſchen und aufzuheben, wodurch nur der Staat und die Moralität leiden kann. Die aus dem Zucht- und Stockhauſe zu Domitz haben wenigſtens einen Teil der Strafe bereits hinter ſich, in Bützow aber ſind es Inquiſiten, welche ſomit ſtraflos ausgingen."

Die Art des Transportes war überall die gleiche: Die Leute wurden auf Wagen, von berittenen Gensdarmen begleitet, bis zum Ufer der Elbe und von dort in Kähnen auf die Fregatte überführt. Mußte übernachtet werden, ſo traf der vorausreiſende Gefängnisbeamte die notwendigen Vorkehrungen, an Wegzehrung wurde jedem Transportanden ein Brot gegeben, außerdem erhielt der begleitende Gensdarmerie-Brigadier regelmäßig eine Tonne Bier und ein kleineres Gebinde Branntwein zum Verteilen unter die Gefangenen.

Nach dieſen drei Transporten gab Mecklenburg die Verſchickung auf, weil ein beträchtlicher Teil der ſchlechteſten Elemente, deren man ſich gerade auf die genannte Weiſe hatte erledigen wollen, aus Braſilien entwich und nach Europa zurückkehrte; ja bereits in den Jahren 1827 und 1828 waren einige Flüchtlinge wieder in das Land-Arbeits-Haus zu Güſtrow eingebracht worden und erzählten, wie es ihnen in Braſilien ergangen. So ſagte der Matroſe Joh. R. am 17. März 1827 folgendes zu Protokoll aus:

„Es war am 2. Auguſt 1825, als ich mit mehreren Arbeitern der hieſigen Anſtalt zum Zwecke unſerer Auswanderung nach Braſilien von hier zu Lande nach Dömitz gefahren wurde, ich weiß mir jedoch nicht mehr zu erinnern, wie ſtark die Anzahl der Auswanderer war. Wir kamen am dritten Tage des Vormittags in Dömitz an und wurden von dort in einem Elbkahn nach Hamburg gebracht; hier nahm uns aber ein kleines holländiſches Schiff an Bord und brachte uns nach Glückſtadt, wo ſich das zu unſerer Reiſe beſtimmte Schiff befand, ein dreimaſtiges Kauffahrteiſchiff, George Friedrich genannt. Auf dieſem Schiffe verweilten wir noch beinahe drei Wochen, bis ſolches zur Abfahrt gehörig beladen war. Wir ſtachen hierauf mit unſerem Schiffe in die See und haben hierauf mit unſerer Ankunft in Rio de Janeiro 10 Wochen und

1 Tag zugebracht, und wir würden selbst in einer kürzeren Zeit unsere Reise vollendet haben, wenn wir nicht während 5 Wochen konträren Wind gehabt hätten. Auf der ganzen Fahrt haben wir nicht die geringste Beschwerlichkeit erduldet, wir erhielten sehr reichliche und gute Mundportionen, nur in der letztern Zeit hatten wir nur noch wenig Trinkwasser. Unter den Auswanderern befanden sich unserer vier Matrosen, und wir wurden angewiesen, die Dienste eines Schiffknechtes zu verrichten."

„Wir erhielten zwar keinen Lohn an barem Gelde, aber doch noch eine bessere Beköstigung als die übrigen Passagiere. Diejenigen der übrigen Auswanderer, welche noch jung waren, wurden zum wechselnden Wachdienst auf dem Schiffe bestimmt, wogegen die älteren Kolonisten gar keine Beschäftigungen erhielten."

„Die Diziplin auf dem Schiffe war sehr strenge und alle Vergehungen wurden mit einem gedrehten Stricke auf dem Hintern bestraft. Von den Auswanderern der hiesigen Anstalt ist vorzüglich die Ehefrau des Jägers S . . mann mehrere Male, und unter andern ein Mal mit 500 Streichen, belegt worden, dafür, daß sie gestohlen hatte, und besonders, weil sie den Diebstahl nicht eingestehen wollte, obgleich sie dessen völlig überführt war. Die Zahl der Kranken war, während der Fahrt, auf dem Schiffe sehr unbedeutend, aber auch die medizinischen Anstalten waren vortrefflich und dadurch vorzüglich mögen auch die Krankheiten verhindert worden sein.

Bei unserer Ankunft in Rio fand es sich, daß nur drei Kinder und ein erwachsener Mann unter Weges gestorben war. Dies Loos hat jedoch keinen aus der hiesigen Anstalt getroffen, vielmehr befanden sich diese bei unserer Landung in vollkommener Gesundheit, und nur die verehelichte Lehsten war auf der Reise von einem Knaben entbunden worden, der jedoch nach drei Tagen starb.

Es war nachmittags um drei Uhr, als wir im Hafen zu Rio eintrafen und wir mußten bis zum folgenden Tage auf dem Schiffe verweilen, wurden aber dann in großen Prahmen ans Land gebracht.

Hier fanden wir den Kaiser von Brasilien in Person vor, um welchen die Auswanderer einen großen Kreis schließen und den Eid der Treue schwören mußten."

„Es wurden hierauf alle Auswanderer, die zum Eintritt ins

Militär tauglich waren, bei dem damals gegen Braſilien ausgebrochenen Kriege, für das Militär beſtimmt und ſofort in den verſchiedenen Kaſernen untergebracht. Von den übrigen Auswanderern wurden diejenigen, die noch arbeiten konnten, bei öffentlichen Geſchäften angeſtellt, oder auch bei den Einwohnern in der Hauptſtadt untergebracht."

„Ihr Tagelohn beſtand in acht Brantinen, und außerdem aus Beköſtigung. Dieſe wechſelte mit Reis und großen Bohnen, 12 Lot rohem Fleiſche und einer Portion ſehr guten Brotes, letzteres jedoch nur ſehr kärglich; zum Getränk wurde nichts als Waſſer gereicht, und wer Branntwein trinken wollte, mußte ſich ſolchen von ſeinem baren Lohn anſchaffen; die Getränke waren jedoch noch wohlfeiler, als hier zu Lande."

„Davon war aber nicht die Rede, daß den nicht zum Militär beſtimmten Koloniſten beſondere Wohnungen angewieſen oder Land zum Ackerbau angewieſen werden ſollte."

„Alle dieſe Koloniſten ſind nicht nach einer anderen Gegend verwieſen, ſondern in Rio de Janeiro verblieben und nur die zum Militär beſtimmten Auswanderer ſind hiernächſt aus den Kaſernen nach der Feſtung hingekommen, um daſelbſt exerzieren zu lernen. Ich erinnere mich hierbei des mit mir zugleich ausgewanderten Tiſchler Gierz, welcher bei einem Tiſchlermeiſter als Geſelle in Arbeit trat und wöchentlich 10 Milreis verdiente, außerdem aber reichliche und gute Koſt erhielt; der von hier mit abgegangene Jude Meyer wurde ſchon während der Fahrt als Chirurgus angeſtellt, und da er hierbei eine gute Aufführung bewieſen hatte, ſo wurde er auf Empfehlung des Schiffs-Kommandanten, Rittmeiſter Hampfling, bei unſerer Ankunft in Rio ſogleich als Militär-Wundarzt angeſtellt."

„Ich, für meine Perſon, war zum Militär beſtimmt und mit den übrigen Rekruten in die Feſtungs-Kaſerne in Rio gebracht. Dort habe ich im Dienſt acht Tage zugebracht, wofür ich auf dieſe Zeit zehn Gentinen an Sold erhalten und außerdem Beköſtigung bekam. Wir erhielten zu Beköſtigung abwechſelnd ebenfalls Reis und Bohnen und zu jeder Mahlzeit zwölf Lot Fleiſch in rohem Zuſtande. Das Zugemüſe war zwar reichlich, aber ſchlecht gekocht, denn es wurde blos im Waſſer, und nicht mit Fett abgekocht, als was von der Fleiſchbrühe entſtand, das Fleiſch iſt jedoch dort ſo mager, daß gar kein Fett aus dem Kochen entſteht und nur durch eine Beimiſchung von Pfeffer erhielt das Gemüſe einigen Geſchmack.

Außer Wasser wurde kein Getränk gereicht."

Bei dieser mageren Kost und dem angegebenen geringen Solde mußten wir täglich Vor- und Nachmittag exerzieren und wer nicht zum exerzieren kam, mußte sehr beschwerliche Wachdienste tun.

Ich war mit dem mir angewiesenen Militärdienst um so weniger zufrieden, als ich mich zu denselben gar nicht verpflichtet, mich vielmehr als Landbauer engagiert hatte; daher kehrte ich am neunten meiner Diensttage, als ich mit mehreren Rekruten nach der Stadt beurlaubt war, nicht wieder nach der Festungs-Kaserne zurück, sondern übernahm auf einem englischen Schiffe, geführt von dem Kapitän Cadow, Matrosendienste für die Kost. Wir verweilten noch sechs Wochen im Hafen, bis das Schiff mit Kaufmannsgütern befrachtet war und lichteten dann die Anker, nahmen auch hierauf unsere Reise nach der Englischen Stadt Portsmouth, im Kanal belegen, wo wir um die Zeit von Pfingsten 1826 eintrafen. Hier nahm ich wieder Dienste als Kostknecht auf einem nach Hamburg bestimmten Schiffe, wo unser Schiff etwa acht bis vierzehn Tage vor Johannis eintraf. Von Hamburg aus ging ich zu Lande nach Rostock, von hier aber mit einem Rostocker Schiffe nach London, und von dort wieder zurück nach Hamburg.

„Ich traf im November v. Js. zu Hamburg ein und erhielt dort den bei mir gefundenen Paß vom 25. November 1826 zur Reise nach Rostock. In Rostock fand ich aber weder Arbeit, noch Gelegenheit, zur See zur dienen; ich kehrte daher wieder nach Hamburg zurück, wo ich vom Anfange des Monats Dezember bis zum 1. Februar mich aufgehalten und Tagelöhner-Arbeiten verrichtet habe. Ich ging nun wieder von Hamburg nach Wismar und wollte hier in der Nähe meiner Heimat versuchen, ob ich nicht so lange bis die Schiffahrt ihren Anfang nehmen würde, Arbeit finden könnte. Auf dieser Reise bin ich in Ludwigslust in der Militärwache wegen fehlender Legitimation angehalten worden."

Am 12. September 1828 wurden zwei wieder in Güstrow eingelieferte Korrigenden, welche mehr als zwei Jahre lang im brasilianischen Heere gedient hatten, eingehend darüber vernommen, was sie von dem Schicksal der Transportierten wüßten; über etwa 150 Leute befragt, wußten sie von einer überraschend großen Zahl derselben zu berichten. (s. Beiträge zu Erleichterung des Gelingens der praktischen Polizei, herausgeg. vom Polizeirat Merker, Berlin, Jahrgang 1832, S. 345 ff.)

Hiernach ſcheint ein erheblicher Prozentſatz der unverheirateten Männer ſchnell zu Grunde gegangen zu ſein; viele ſtarben, oder wurden, wenn ſie es noch nicht bei ihrer Ankunft waren, unter der Einwirkung des Klimas, unbrauchbar zum Soldatenſtand. Wer nicht militärtauglich war, kam als Tagelöhner zu den Koloniſten, wo er aber ſelten aushielt, ſondern bald bettelnd umherzog, um bei der erſten Gelegenheit nach Europa zurückzukehren. Hierzu kam, daß im Jahre 1828 in Braſilien ein Militäraufruhr entſtand, infolgedeſſen ein großer Teil der Soldaten zum Matroſendienſt abgegeben wurde, viele kamen auf die braſilianiſche Fregatte „Prince Imperial", von der ſie in die Häfen zu Potsmouth und Breſt gelandet, ihrem Schickſale überlaſſen wurden.

Als die Zahl der zurückkehrenden Verſchickten täglich wuchs, machte im Jahre 1830 der Kriminalgerichtsdirektor Röttger der Regierung den Vorſchlag, energiſche Strafmaßnahmen gegen alle Zurückgekehrten zu treffen. Dieſes wurde für unzuläſſig erachtet, da den Auswandernden die Rückkehr nach Mecklenburg nicht nur nicht bei Strafe verboten worden, ſondern ſogar im Vertrage mit der braſilianiſchen Regierung ausdrücklich nach 10 Jahren geſtattet worden ſei; überdies komme in Betracht, daß mancher der Zurückgekehrten wohl nun entſchloſſen ſein könne, ſein Brot ehrlich zu erwerben. Die notoriſchen Gauner aber ſeien feſtzuhalten und der Regierung zur Verfügung zu ſtellen.

Die oben erwähnte Angabe des Matroſen, daß die Koloniſten nicht eine Landſtelle erhalten haben, ſondern in Rio bleiben mußten, iſt irrig — wie übrigens bei einem Manne, der eingeſtandenermaßen nur zehn Tage am Lande war, nicht wunderbar: Die verheirateten Paare erhielten eine Koloniſtenſtelle in Rio Grande; ſie haben ſich dort offenbar erfolgreich angeſiedelt und weiter entwickelt, denn es heißt in Meyers Konverſationslexikon unter „Rio Grande do Sul": „Deutſche wanderten ſeit 1824 ein und gründeten, meiſt an der Serra Geral, blühende Ackerbaukolonieen." Die Werke über Braſilien, wie Grimm, Heimatkunde des Staates Rio Grande do Sul, 1891 (S. 111) und Lange, Südbraſilien, Leipzig 1885, S. 74, ſprechen eingehend von der deutſchen Einwanderung im Jahre 1824, erwähnen aber, vielleicht abſichtlich, nicht den Urſprung der erſten deutſchen Anſiedler.

Im Jahre 1847 scheint Seine Königliche Hoheit, der Großherzog von Mecklenburg-Schwerin auf das Gesuch des Oberinspektors Ehlers und des Pastors Romberg von der Strafanstalt Dreibergen sieben Sträflingen jener Anstalt die successive Auswanderung nach Amerika unter der Bedingung tadelloſen Verhaltens bis zur Auswanderung und nachträglicher Vollstreckung der Reststrafe bei Rückkehr nach Mecklenburg, gestattet zu haben, wenigstens ist jenes Gesuch seitens der Kriminalkollegs zu Bützow unter vorgenannten Bedingungen befürwortet worden.[2])

[2]) In allerneuester Zeit ist die Frage der freiwilligen Transportation (der Gefangene kann nach Verbüßung eines Drittels der erkannten Freiheitsstrafe mit seiner Zustimmnng in eine französische Kolonie geschafft werden, die er früheſtens nach 8 Jahren verlaſſen darf) in Frankreich aktuell geworden. Ein Gesetzentwurf beschäftigt zur Zeit das Parlament. (Revue Pénitentiaire 1904, S. 276—279.)

24.

Literaturbericht.

Strafprozeß.

(Fortsetzung und Schluß).

Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Beling.

Nachtrag zu I: Allgemeines.

14a. Als technisches Hilfsmittel für den staatsanwaltschaftlichen Dienst hat Krobitzsch 1896 sein Buch über „Die Verfügung in Strafsachen" erscheinen lassen. Das Werk liegt jetzt in 2. Auflage vor[23]) und hat damit wahr gemacht, was Referent im Jurist. Litt.-Bl. Bd. IX, S. 65 ausgesprochen hat, daß es in der Praxis werde mit Dank willkommen geheißen werden. Der Umfang ist von 355 auf 417 Seiten gewachsen. Dadurch und durch Abstellung etlicher Ungenauigkeiten der 1. Auflage hat es an praktischer Brauchbarkeit noch mehr gewonnen. Von den Wünschen für eine 2. Auflage, die Ref. mit Bezug auf die 1. Auflage im Jurist. Litteraturblatt a. a. O. geäußert hatte, sind die meisten berücksichtigt worden. Stehen geblieben ist auf S. 181 (früher 170) Ziffer 10 der Satz, daß die Verjährung bei Wehrpflichtverletzung mit dem Ende der Wehrpflicht „eintrete" (statt „beginnt"); und auf S. 309 (früher 260) Ziffer 2 die Darstellung, wonach gemäß J.M.Verf. vom 21. April 1885 schon die Ergreifung des Verurteilten den Zeitpunkt darstellen soll, von dem ab die Strafvollstreckung berechnet werden soll, während doch die angezogene J.M.Verf. diesen Zeitpunkt nur für die Zwecke der Kostenerstattung bei Rechtshilfe unter den Behörden verschiedener Bundesstaaten festlegt, und allgemeinen Grundsätzen gemäß die Strafzeit selber erst von der Einlieferung des Ergriffenen ab zu rechnen ist. Wiederholt sei auch der Wunsch ausgesprochen, daß allenthalben bei bestrittenen Fragen die Bestrittenheit vermerkt werde (z. B. S. 169 hinsichtlich der Rechtskraft des Strafbefehls).

Im Einzelnen sind dem Ref. u. A. folgende Bedenken aufgestoßen: S. 55, Ziffer 3 paßt seit Emanation der R.M.St.G.O. nicht mehr.

---

[23]) Berlin, Vahlen, 1903.

Die Bemerkung auf S. 79 unten—S. 80 oben, könnte dahin mißverstanden werden, als ob das summarische Verfahren des § 211 St.P.O. auch zur Verfolgung einer Aufreizung zum Streik (St.G.B. § 110) dienlich wäre. Überaus bedenklich erscheint auf S. 128 Ziffer 2 die Gutheißung der Praxis, daß die Verhaftung in Schwurgerichtssachen geradezu die Regel bilden solle; dem Sinne des Gesetzes entspricht eine schablonenhafte Behandlung der Untersuchungshaft nicht; nur von der Lage des konkreten Falles ist, auch bei Verbrechen, der Ausgang zu nehmen. Auf S. 180 B b müßte Reichsangehörigkeit z. Z. der Strafverfolgung ersetzt werden durch: Reichsangehörigkeit z. Z. der Tat. Auf S. 244, Ziffer 2, könnte der Vollständigkeit halber mitgeteilt werden, daß Beschwerden bei Rechtshilfe und Ungebührordnungsstrafen an das Oberlandesgericht gehen. — Am Platze würde ein Fingerzeig über planmäßige Bearbeitung der Strafsachen in dem Sinne sein, daß jede Anordnung tunlichst alle nach Lage der Sache z. Z. möglichen Ermittelungen, auch die nur eventuell wertvollen, erschöpfend in die Wege leitete (Eventualmaxime). Es empfiehlt sich wohl regelmäßig nicht, nur einen oder den anderen Zeugen herauszugreifen und erst nach Erledigung der Vernehmung etwa eine zweite Zeugenvernehmung zu verfügen usw. Wo die requirierenden Behörden verschieden sind, empfiehlt sich eine Zirkularrequisition, sodaß die Zwischen-Rückfendung der Akten an die Staatsanwaltschaft erspart bleibt. Requisitionen an die Polizei wird oft mit Vorteil die Schlußklausel beizufügen sein: „Für den Fall, daß die zu vernehmenden Personen sich auf Aussagen weiterer Zeugen usw. beziehen, ersuche ich auch um Vernehmung dieser Personen" u. dergl. — Eine gewisse Ungleichmäßigkeit waltet hinsichtlich der Litteraturangaben ob. Dem praktischen Zwecke des Buchs würde insbesondere eine Nachtragung zahlreicher Monographien und Zeitschriftenaufsätze usw. förderlich sein, z. B. kämen in Betracht: für § 9: Daubenspeck, der jurist. Vorbereitungsdienst in Preußen; zu § 13: Marchand, Strafregister; zu § 29: Köhler, Lehre vom Strafantrag; zu § 56: Grosch, Auslieferungsrecht; zu § 93: Weichert, Grundzüge der Strafvollstreckung; zu § 1 könnten vielleicht die Ausführungen in Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, § 61, zu § 22 ff. Beling, Tabellen zur R.M.St.G.O., herangezogen werden, usw. Das auf v. Marck, Staatsanwaltschaft, bezügliche Zitat bei § 46 wird nach der zweiten Auflage dieses Buchs (v. Marck-Kloß) zu berichtigen sein.

Bemerkt sei noch, daß die s. g. bedingte Begnadigung und die Abgrenzung zwischen ziviliſtischer und militärischer Strafgerichtsbarkeit besonders ausführliche Behandlung erfahren haben.

14 b. In seiner Schrift über die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs[24]) unterscheidet Wertheimer im Anschluß an

[24]) Heft 47 der Breslauer Strafrechtlichen Abhandlungen (zum Druck empfohlen von Prof. Träger), Breslau, Schletter, 1903.

Binding 2 Arten solcher „Mischgesetze“: solche, bei denen die Verschiedenheit der Handlung und der begleitenden Umstände an der Einheitlichkeit des Delikts nichts zu ändern vermag — diese nennt er „alternative Mischgesetze“ —; und solche, die kein einheitliches Delikt, sondern mehrere Delikte enthalten — „kumulative Mischgesetze.“ Eine allgemeine Formel, an deren Hand sich erkennen lasse, ob ein Mischgesetz dieser oder jener Art vorliege, gebe es nicht, es komme vielmehr auf Einzelinterpretation an (solcher Einzeluntersuchung für die Paragraphen des Besonderen Teils des St.G.B. ist der § 4 der Schrift gewidmet). Die Scheidung zwischen alternativen und kumulativen Mischgesetzen sei auf strafrechtlichem Gebiet bedeutsam für Idealkonkurrenz; Einheit des Erfolges und Einheit des Vorsatzes; Versuch; Verjährung; auf strafprozessualem Gebiet für die Alternativität der Feststellung und der schwurgerichtlichen Fragestellung (solche sei zulässig mit Bezug auf alternative, unzulässig mit Bezug auf kumulative Mischgesetze); für den Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts nach St.P.O. § 264 (solcher Hinweis sei bei Verschiebungen innerhalb eines alternativen Mischgesetzes nicht erforderlich, wohl aber wenn von dem einen Delikt eines kumulativen Mischgesetzes zu einem anderen desselben Gesetzesparagraphen übergegangen werden solle); für die Bezeichnung der Tat im Haftbefehl, in der Ladung im Absenzverfahren, in Anklage, Eröffnungsbeschluß usw. (bei kumulativen Mischgesetzen stets Angabe desjenigen der kumulierten Delikte, um das es sich handle); für die Urteilsgründe (die Schlußfeststellung bei kumulativen Mischgesetzen müsse scharf umrissen auf dasjenige der kumulierten Delikte gemünzt sein, das für vorliegend erachtet werde). Bei einer Gesetzesreform werde dafür Sorge getragen werden müssen, daß die kumulativen Mischgesetze, weil nicht existenzberechtigt, beseitigt würden; die alternativen würden nicht zu entbehren sein, aber ihre Zahl werde einzuschränken sein.

Nachtrag zu II: **Gerichtsverfassung.**

14 c. Das Schwurgericht in der Schweiz bildet den Gegenstand einer historisch-kritischen Darstellung von Rothenberger-Klein[25]) Die historische Grundlegung schildert die Rechtsentwicklung im Bunde und in den Kantonen von den Anfängen der Jury bis auf die Gegenwart an der Hand von ca. 500 Gesetzen und etlichen Gesetzentwürfen. Verf. stellt fest, daß die Schwurgerichte ständig und fortschreitend an Boden verloren haben. Ganz beseitigt worden ist — wegen seiner offensichtlichen Mängel — das Militärschwurgericht. Das bürgerliche Bundes-Schwurgericht für Strafsachen (die Bundesassisen), aus politischen Wirren heraus geboren, ist durch 3 nachfolgende Organisationsgesetze mehr und mehr beschnitten worden, hat den Vor-

[25]) Chr. Rothenberger-Klein, Geschichte und Kritik des Schwurgerichtsverfahrens in der Schweiz. Basel, Benno Schwabe, 1903.

wurf parteilicher Rechtsprechung, insbesondere den der Standes- oder Klassenjustiz, erfahren und ist heute beschränkt auf Völkerrechts- und politische Delikte, wofür es ungefähr alle 10 Jahre einmal in Funktion tritt. Die kantonale Jury für Strafsachen ist ebenfalls im Rückgang befindlich. Kein Kanton hat die ursprüngliche Garantierung durch die Verfassungsurkunde für die Schwurgerichte voll aufrecht erhalten. Die politische Jury ist seit 1848 in den Kantonen fast gar nicht mehr zur Anwendung gelangt. Selbst die Preßjury ist 3 Kantonen unbekannt. Auf Strafsachen mittlerer Ordnung (Vergehen, délits) haben nur 3 Kantone die Jury erstreckt, („korrektionelle Jury"), aber der Kanton, der dies zuerst getan, hat die korrektionelle Jury bereits wieder abgeschafft, und in den beiden anderen Kantonen zeigt sich ebenfalls bereits eine rückläufige Bewegung. Aber auch die „kriminelle" Jury (für Verbrechen, crimes) hat sich Abbröckelungen gefallen lassen müssen. Mehr und mehr sind bestimmte Verbrechen ihrer Zuständigkeit entzogen worden; und in steigendem Maße sind Gesetzgebung und Praxis zum „Autoverdikt" gelangt (Aburteilung geständiger Angeklagter ohne Geschworene). Die Stimmen schließlich, die auch für Zivilsachen Schwurgerichte begehrten, sind immer mehr verstummt. In seiner Kritik schließt sich der Verf. durchaus den Gegnern der Schwurgerichte an. Er weist namentlich auf die erheblichen Organisationsmängel und -Schwierigkeiten hin. Er zeigt, daß Akkusationsform, Öffentlichkeit, Mündlichkeit, freie Beweiswürdigung gar nichts mit der Frage, ob Schwurgerichte bestehen sollen, gemein haben, deckt auch die Verkehrtheit der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, sowie der Meinung auf, als ob die Geschworenen bloß nach Volksanschauung und nicht nach dem Gesetz zu richten hätten, usw. Die kritischen Bemerkungen des Verf. treffen in vollem Umfange zu; sie hier im Einzelnen wiederholen hieße Eulen nach Athen tragen. Bemerkt sei nur, daß Verf. auch zutreffend betont, daß die Jury durch ihr Bestehen eine Befruchtung der Theorie durch die Praxis hinsichtlich des materiellen Strafrechts für die Juryverbrechen unmöglich macht.

Nachtrag zu III: Lehre von den Parteien.

14d. Behufs Verhütung einer materiellrechtlich unhaltbaren verschiedeninhaltlichen Aburteilung der mehreren Teilnehmer an einer Tat (Freisprechung des Haupttäters, Verurteilung des Gehilfen usw.) schlägt Unger in Hirths Annalen des Deutschen Reichs[26]) folgende Bestimmungen vor:

1. gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen (§§ 47—49 St.G.B.) darf nur gemeinsam verhandelt werden;
2. eine Trennung der Verhandlung ist nur aus denselben Gründen, wie die kommissarische Zeugenvernehmung (§ 222 St.P.O.) zulässig;

[26]) Bd. XXXVI (1903) S. 551.

3. gibt die getrennte Verhandlung Anlaß zu einer anderen tatsächlichen Feststellung, als gegen die bereits Abgeurteilten getroffen ist, so ist das Verfahren gegen diese wieder aufzunehmen, und gegen alle Beteiligten gemeinsam von neuem zu verhandeln;
4. ergibt sich in der Revisionsinstanz die Notwendigkeit der Aufhebung des Urteils gegen einen Beteiligten, so ist das ganze Urteil aufzuheben und die ganze Sache zur nochmaligen Verhandlung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Die Vorschläge ad 1 und 2 erreichen aber den angestrebten Zweck nicht, weil die Teilnehmer häufig gar nicht von vornherein bekannt sein werden; überdies greifen sie dem Urteil vor, insofern sie das erst im Urteil festzustellende Teilnehmerschaftsverhältnis schon im Anfang des Prozesses als etwas Feststehendes behandeln wollen. Diskutabel sind dagegen die Vorschläge zu 3 und 4.

IV. Prozeßprinzipien; Prozeßhandlungen im allgemeinen.

15. Von der Herkunft des Inquisitionsprozesses handelt der Beitrag von Richard Schmidt in der Festschrift der Universität Freiburg zum 50jähr. Regierungsjubiläum des Großherzogs Friedrich von Baden.[27]) Der Inquisitionsprozeß sei keineswegs eine originale Schöpfung von Papst Innocenz III. gewesen, der päpstliche Inquisitionsprozeß gehe vielmehr in historischer Kontinuität auf den Karolingischen Inquisitionsprozeß zurück, wobei das Normännische Recht, insonderheit das Normännische Recht Unteritaliens und Siziliens das Bindeglied darstelle. Überdies bilde dieser päpstliche — kanonische — Inquisitionsprozeß nur eine verhältnismäßig untergeordnete Etappe, der Schwerpunkt sei vielmehr in dem italienischen Stadtstatutarrecht zu suchen. Dieses habe schon vor der gewöhnlich als grundlegend angesehenen Decretale Innocenz III. von 1199 eine inquisitio, zuerst gegen Münzfälscher, Urkundenfälscher und Raufbolde gehabt, und unter seinem Einfluß habe sich die innocentinische Inquisition umgebildet, indem es nicht allein die kanonische denunciatio zu einer Unterform der inquisitio gemacht und damit den Anklageprozeß faktisch beseitigt habe, sondern auch die inquisitio de quolibet maleficio zugelassen habe.

Daß im Laufe der Rechtsentwickelung die Inquisition verschiedene Gestalten getragen habe, sei im Grunde nur eine Folge der Umgestaltung des Beweisrechts. Das die inquisitio bedingende „Gerücht", die Kollektivaussage der Gemeinde oder ihrer Repräsentanten, sei nur verständlich gewesen zu der Zeit, in der der Beweis auf den Verbrechenstatbestand als Ganzes abgestellt gewesen sei. Seit es sich um die Erforschung der einzelnen ihn bildenden Tatsachen gehandelt habe, sei an die Stelle des „Gerüchts" die detaillierte Befragung der Ge-

[27]) Freiburg i. Br. und Leipzig, Lorenz, 1902.

meindegenossen getreten, und daraus sei die Spezialinquisition hervorgegangen.

Alles in allem sei der Inquisitionsprozeß nicht eine Verirrung, deren wir uns zu schämen hätten, sondern eine historisch unentbehrliche Vorstufe des reformierten Strafprozesses gewesen. In seiner Eigenart: der schroffen Konzentration aller Prozeßgewalt in der Hand eines Beamten, liege seine Schwäche, wie seine Stärke. Seine Schwäche: die Gefahr einer Verfälschung der Wahrheit, einer Trübung und Entstellung der zu beurteilenden tatsächlichen Vorgänge; seine Stärke: die wirksame Bekämpfung des Verbrechertums, die Betonung, daß die Verbrechensverfolgung Staatsaufgabe sei. Insofern stecke auch noch in dem reformierten Strafprozeß ein Stück Inquisitionsprozeß.

15a. Pollak spricht im Gerichtssaal[28]) dem gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Verletzten ein eigenes Strafantragsrecht ab. Der gesetzliche Vertreter habe nur das dem Minderjährigen zustehende Strafantragsrecht auszuüben (wohingegen der Ehemann der beleidigten oder körperlich verletzten Ehefrau ein eigenes Strafantragsrecht habe). Das Gesetz lege ihm nur das „Recht, den Antrag zu stellen", bei, nicht das „Recht, auf Bestrafung anzutragen" (das „Recht zum Antrage auf Bestrafung"); diese verschiedenen gesetzlichen Wendungen bedeuteten ganz Verschiedenes. Diese Auffassung scheitert jedoch daran, daß „Antrag stellen" und „Bestrafung beantragen" genau dasselbe ist, folglich auch das „Recht, den Antrag zu stellen," genau dasselbe wie das „Recht, auf Bestrafung anzutragen". Wäre der gesetzliche Vertreter nur, wie Pollak will, zur Ausübung des dem Minderjährigen zustehenden Rechts berufen, dann träfe die gesetzliche Wendung, daß er das Recht habe, also der (selber) Berechtigte sei, nicht zu. Das, was der Verfasser „Recht, den Antrag zu stellen", nennt, ist in Wahrheit überhaupt kein „Recht", sondern nur die Vertreterstellung = Ausübungsfähigkeit (vgl. Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozesses S. 227).

16. Als Heft 14 der Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins ist ein Vortrag von Benedict über die selbständigen Erhebungen des Verteidigers und die Strafprozeßreform erschienen.[29]) Der Verf. erörtert die Frage, ob der Verteidiger Zeugen des Strafprozesses selbständig vernehmen oder durch Privatdetektivs vernehmen lassen dürfe („Nebenuntersuchung"); er kommt zu einer Verneinung nach dem Sinn und der Geschichte des inquisitorischen Strafprozesses, nach den ungeschriebenen Gesetzen der anwaltlichen Standesehre und nach den dauernden Lebensbedingungen der freien Advokatur. Die Ausführungen des Verfassers sind lebendig, eindringlich und kraftvoll. Überzeugt haben sie den Referenten jedoch

[28]) Bd. LXII S. 388.

[29]) Berlin, Vahlen, 1901.

nicht. Den Verfasser berührt insbesondere der Umstand empfindlich, daß das Gericht Verteidiger, die solche „Nebenuntersuchung" geleitet hätten, als Zeugen heranziehen und dabei wegen Verdachts der Begünstigung unvereidigt lassen könne. Allein wenn ein Gericht so vorgeht, ohne dafür Anhalt zu haben, daß der Verteidiger in unlauterer Weise verfahren sei, so ist das durchaus mißbräuchlich. Der angebliche „inquisitorische" Charakter des Strafprozesses aber verbietet niemandem, sich über die beweiserheblichen Tatsachen auf eigene Hand zu informieren. Im Gegenteil kann es nur willkommen geheißen werden, wenn sich die Beweisanträge des Verteidigers auf das solide Fundament einer vorherigen Ermittelung stützen, statt auf die bloße, vielleicht ganz ins Blaue hinein gemachte Behauptung des Beschuldigten!

17. In gründlicher und scharfsinniger Weise erörtert Ostern die Zulässigkeit der Alternativität im Strafprozeß[30]) unter umsichtiger Heranziehung der älteren deutschen sowie der österreichischen, der französischen und der englischen Literatur. Die leitenden Gedanken der Schrift sind folgende:

Eine alternative Willenserklärung sei nicht eine Zusammensetzung zweier sich gegenseitig bedingenden Willenserklärungen, sondern eine einheitliche, eigentümlich modifizierte, in gewissem Maße unbestimmte Willenserklärung. Ihre prinzipielle Zulässigkeit ergebe sich eben daraus, daß es sich bei ihr nur um eine Unterart der unbestimmten Willenserklärung handele, denn mehr oder weniger unbestimmt seien alle, auch die strafprozessualen, Willenserklärungen, und die Frage könne nur die sein, bis zu welcher Grenze die in der Alternativität liegende Unbestimmtheit reichen dürfe.

Zu unterscheiden sei hier zwischen den Entscheidungen selbst und ihrer Begründung. Wenn die alternative Willenserklärung eine real zu vollstreckende Entscheidung sei, so könne die Alternativität nur eine vorläufige sein, die auf die zur Vollstreckung nötige Bestimmtheit früher oder später zurückgeführt werden müsse; wo eine solche spätere Reduktion nicht möglich sei, da bleibe für die Alternativität kein Platz. Zulässig sei Alternativität hingegen hinsichtlich der Begründung. Mitunter sei freilich die Begründung nicht bloßes Motiv für die Dezisive, sondern eine „verselbstständigte Feststellung", die einen Teil der Entscheidung bilde, so die Feststellung des Verbrechens im Urteil; solchenfalls genüge Alternativität in wesentlichen Punkten nicht.

Beim Urteil speziell seien nicht statthaft alternative Feststellungen, die verschiedene Entscheidungen zur Folge haben würden; auch dann nicht, wenn die Strafrahmen sich teilweise decken würden. Sei freilich die Alternativität eine solche, die sich auf das majus und ein

---

[30]) Ostern. Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, Breslauer strafrechtl. Abhandlungen, Heft 44 (zum Druck empfohlen von dem Verfasser dieses Berichts), Breslau, Schletter, 1902.

minus (z. B. Gattungsdelikt und privilegierte Fälle usw.) beziehe, so löse sich die Alternativität im Ergebnis auf, es sei einfach das minus festzustellen. — Zulässig sei im Urteil eine alternative Feststellung von Tatsachen, doch dürfe dies nicht soweit gehen, daß zwei verschiedene historische Ereignisse alternativ festgestellt würden. Keine Bedeutung komme dabei dem Einwande zu, daß durch Zulassung der Alternativität die Verteidigung erschwert werde; irrig sei auch die Meinung, die einzelnen Alternativen seien nur dann zulässig, wenn sie sich nicht gegenseitig ausschlössen; denn Alternativen schlössen sich mit Notwendigkeit aus. — Zulässig sei auch — in denselben Grenzen — eine auf alternativer Subsumtion beruhende alternative Feststellung im Urteil. — Alternativität hinsichtlich des Verbrechenstatbestandes im ganzen sei in dem Sinne unzulässig, daß die Tat nicht unter mehrere ganz selbständige Tatbestände alternativ subsumiert werden könne, auch nicht unter mehrere ungleichartige Modalitäten des Tatbestandes; wohl aber sei Alternativität im Tatbestande erlaubt in den Fällen des Kollektivbegriffs, der Generalklausel und gleichwertiger Modalitäten des Tatbestands.

Wie das materielle Strafrecht im einzelnen die Grenze zwischen Tatbestandseinheit und -vielheit zieht, wird im Anhang vom Verf. kasuistisch untersucht. Dabei sei aber als unzutreffend abzulehnen die Auffassung, als ob die Grenzziehung davon abhänge, ob eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Sinne des § 264 St.P.O. vorliege. — Für die Qualifikationsgründe des Tatbestands und für objektive Bedingungen der Strafbarkeit oder der erhöhten Strafbarkeit seien die gleichen Regeln wie für den Tatbestand selber, aufzustellen. Alle Strafausschließungsgründe (im weitern Sinne) seien alternativ feststellbar, weil lediglich Teil der Begründung.

Bei der Abstimmung über eine alternative Feststellung müsse für die Alternative auch derjenige stimmen, der nur eins von ihren Gliedern als vorliegend annehme; die häufig befürchtete Gefahr einer Scheinmajorität sei nicht vorhanden.

Die Fragestellung an die Geschworenen könne in demselben Maße alternativ sein, wie das Urteil. In Anklage, Eröffnungsbeschluß und gleichstehenden Anträgen und Entscheidungen sei die Tat nur so genau zu bezeichnen, daß ihre Individualität gesichert sei; innerhalb dieser Grenzen sei Alternativität in Tat wie Tatbestand statthaft, bei alternativ gefaßtem Eröffnungsbeschluß sei für Zuständigkeit 2c. die schwerere Alternative maßgebend. Im schwurgerichtlichen Verfahren sei auf Grund des alternativen Eröffnungsbeschlusses eine ebenso lautende Hauptfrage zu stellen oder, insoweit dies nicht zulässig, eine prinzipale und eine eventuelle Hauptfrage.

V. Beweisrecht.

18. Von der Photographie zu strafprozessualen Zwecken, der Anthropometrie und der Aufnahme von Fußspuren handelt eine

Schrift von Kriminalinspektor Klatt[31]). Sie beschreibt anschaulich die Vornahme der Bertillonage und die dabei benutzten Gerätschaften, zeigt, wie eine Meßkarte aussieht, verzeichnet die sämtlichen dabei gebräuchlichen Abkürzungen, gibt Winke für die Nutzbarmachung der Photographie zu Beweiszwecken und für die praktische Aufnahme von Fußspuren. Die anthropometrischen Einrichtungen seien vortrefflich, jedoch noch der Vervollkommnung fähig; sie stünden noch nicht auf der Höhe, solange nicht mindestens am Sitze eines jeden Landgerichts im Messen ausgebildete Beamte vorhanden seien, solange nicht einem Steckbriefe die Körpermaße beigegeben werden könnten, und solange nicht jeder Polizeibeamte und Gendarm eine Meßkarte mit den ihr eigenen Zeichen und Abkürzungen lesen könne.

18a. „Der menschliche Körper als Beweisobjekt" ist eine Abhandlung von Rosenmeyer im Gerichtssaal[32]) überschrieben. Der Verfasser charakterisiert die körperliche Untersuchung ausschließlich als Augenscheinseinnahme. Die „Durchsuchung der Person" im Sinne der §§ 102 ff. St.P.O. sei lediglich das Suchen nach Sachgegenständen. Aus §§ 102 ff. sei daher eine Verpflichtung zur Duldung einer körperlichen Untersuchung nicht herleitbar. Wohl aber ergebe sich für den Strafprozeß eine solche Verpflichtung für jedermann (er sei Beschuldigter oder dritter) ganz allgemein (auch für das Privatklageverfahren) aus § 86 St.P.O.; wenn dort die Zulässigkeit der Augenscheinseinnahme statuiert sei, so sei damit auch gesagt, daß eine Verpflichtung zu ihrer Duldung bestehe. Eine Verpflichtung zur Duldung operativer Eingriffe umfasse diese Verpflichtung jedoch nicht. Wie hinsichtlich des lebenden, so sei auch hinsichtlich des toten menschlichen Körpers eine notwendig gewordene Besichtigung einschließlich einer Leichenöffnung erzwingbar. Wenn die Zulässigkeit von Zwang im Gesetz nicht erwähnt sei, so stehe dieser Umstand nicht entgegen, denn auch bei der Durchsuchung sei Zwang nicht erwähnt und doch zulässig. Die Duldungspflicht ergreife auch zeugnisweigerungsberechtigte Personen. Dem die Augenscheinseinnahme Duldenden stehe ein Gebührenanspruch nach Analogie des Zeugenrechts zu. Keine Verpflichtung zur Duldung einer Augenscheinseinnahme am Körper bestehe im Zivilprozeß (Ausnahmen: hinsichtlich eines nicht begrabenen Leichnams nach § 809 B.G.B., sowie im Entmündigungsverfahren).

Die Ausführungen des Verfassers leiden an einem inneren Widerspruch. Wenn Verfasser für den Zivilprozeß zugibt, daß beweisrechtliche Zulässigkeit einer Prozeßhandlung noch nicht die Verpflichtung der davon Betroffenen zu ihrer Duldung ergibt, so ist es inkonsequent und läuft auf eine petitio principii hinaus, wenn er für den Straf-

---

[31]) O. Klatt, Die Körpermessung der Verbrecher nach Bertillon und die Photographie als die wichtigsten Hilfsmittel der gerichtlichen Polizei, sowie Anleitung zur Aufnahme von Fußspuren jeder Art. Mit zahlreichen Abbildungen im Text und 21 Tafeln. Berlin, J. Guttentag, 1902.

[32]) Bd. LXIII S. 41.

prozeß den § 86 St.P.O. zum Erweiſe einer Duldungspflicht anruft. Daß bei der Durchſuchung der Zwang nicht erwähnt und dennoch zuläſſig iſt, beweiſt nichts für die Augenſcheinseinnahme, denn die Durchſuchung gehört ſyſtematiſch eben unter die „Zwangsmaßregeln". Ein Widerſpruch iſt es auch, wenn Verfaſſer für den Gebührenanſpruch die Analogie des Zeugenrechts gelten läßt, nicht aber für Weigerungsrechte. Schließlich überſieht der Verfaſſer ganz, daß, wenn nicht einmal eine Pflicht zur Duldung einer Durchſuchung der Perſon nach Sachen am Leibe gegeben iſt, wie er ſelbſt zugibt, doch noch viel weniger eine Pflicht zur Präſentation des Leibes ſelber ſtillſchweigend von der St.P.O. vorausgeſetzt ſein kann!

19. Die Lehre von den Beweisverboten behandelt der Verf. dieſes Berichts in einer Monographie[33]). Als Beweisverbote werden bezeichnet die Rechtsſätze, die eine beſtimmte Tatſache zu ermitteln verbieten (abſolute Beweisverbote), oder ein beſtimmtes Beweismittel verbieten (relative Beweisverbote). Solche Beweisverbote können wurzeln im Staatswohl, in den dienſtlichen Intereſſen und in völkerrechtlichen Beziehungen (vgl. z. B. St P.O. §§ 53, 72, 96); ſodann in der Rückſicht auf die hiſtoriſch gewordene ausgezeichnete Stellung der Herrſcherhäuſer; weiter in der Perſönlichkeitsſphäre (z. B. St.P.O. § 54), in verwandtſchaftlichen Beziehungen (z. B. St.P.O. § 51), in der Reſpektierung von Geheimniſſen (z. B. St.P.O. § 52), ſchließlich auch im Privateigentum. Ein abſolutes Beweisverbot iſt in § 251 St.P.O. enthalten. Die Schrift ſtellt ſodann die nicht durch Beweisverbot geſchützten Intereſſen in Gegenſatz (Kunſt-, Gewerbe-, Redaktionsgeheimnis, religiöſe Anſchauung, ehrenwörtlich oder privateidlich übernommene Schweigepflicht uſw.), zeigt dann die prozeſſuale Bedeutung der Beweisverbote auf und unternimmt es dann, das ſtrafprozeſſuale Intereſſe an voller Aufdeckung der Wahrheit gegen die ſich dagegen hindernd in den Weg ſtellenden Intereſſen des Staats, der ſonſtigen öffentlichen Verbände oder von Privatperſonen abzuwägen, um ſo für die Frage de lege ferenda etliche Richtlinien zu gewinnen.

19a. Über Beichtſiegel und Zeugnispflicht nach den Reichsprozeßordnungen handelt eine Abhandlung von Mode im Archiv für katholiſches Kirchenrecht[34]). Sie ſtellt ſich die Aufgabe, zu unterſuchen, inwieweit die Prozeßordnungen bei der Regelung der Zeugnispflicht auf das Beichtſiegel Rückſicht nehmen, und ob dadurch die Unverletzlichkeit des Beichtſiegels hinreichend gewährleiſtet iſt. Die Ausführungen des Verfaſſers laſſen ſich, inſoweit ſie ſich auf den Strafprozeß beziehen, folgendermaßen ſkizzieren:

„Anvertraut" im Sinne des § 52 St.P.O. ſei nicht bloß das „als Geheimnis", „unter dem Siegel der Verſchwiegenheit" Mit-

[33]) Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforſchung im Strafprozeß. Breslauer Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 46, 1903.

[34]) Bd. LXXXII S. 476, Bd. LXXXIII S. 41.

geteilte, sondern alles dem Geistlichen in seiner Eigenschaft als Vertrauensperson Mitgeteilte; daher alles, was ihm in der Beichte mitgeteilt werde. Weiter aber auch — über den Kreis der „Mitteilungen" hinaus — alles, was er durch die Beichte erfahre, z. B. Mängel in den Verstandeskräften und im Charakter des Beichtenden; ja auch alles, was er selber dabei tue und sage (Absolution, Auferlegung der Buße). Denn der ganze Akt der Beichte wurzle in dem ihm entgegengebrachten Vertrauen.

Das Zeugnisweigerungsrecht ergreife nun nicht bloß das Anvertraute selber, sondern (wie aus den Gesetzesworten „in Ansehung . . ." resultiere) alles, was sich auf dieses Anvertraute auch nur beziehe. Somit brauche der Geistliche auf Fragen nicht zu antworten, die auf eine Aufdeckung des Geheimnisses auch nur hinzielten; desgl. nicht auf Fragen nach der Art und Weise, wie etwas anvertraut sei, insbesondere ob dies in Form der Beichte geschehen sei.

Seinem Wesen nach sei das Zeugnisweigerungsrecht kein Verschweigungsrecht. Daraus ergebe sich die Unzulässigkeit der Mentalrestriktion. Eine Mentalrestriktion liege aber nicht vor, wenn der Zeuge ausdrücklich erkläre, daß er sich einer Restriktion bedienen wolle. Derartige erklärte, offene Restriktion sei kein Verschweigen, sondern eine Teilweigerung des Zeugnisses. Sie sei unzulässig, wenn die Erklärung ganz allgemein gefaßt sei. Zulässig dagegen sei sie, wenn erkennbar gemacht werde, auf welche Punkte sich die Restriktion beziehen solle. Dies könne so geschehen, daß der Zeuge erkläre: „Ich will im allgemeinen aussagen, werde aber in der und der Hinsicht meine Aussage einschränken, z. B. ich werde aussagen, aber nur in Ansehung dessen, was ich ut homo, non ut deus weiß." Verfasser nennt dies eine „materielle Zeugnisweigerung". Nicht erforderlich sei „formelle Zeugnisweigerung", bei der der Zeuge bei der einen Frage erkläre, er wolle aussagen, und bei einer andern, er wolle nicht aussagen. Die Vorschrift des Gesetzes, daß der Zeuge auf Verlangen die Tatsachen, die ihm das Weigerungsrecht geben, glaubhaft zu machen habe, bedeute keine Negation des materiellen Zeugnisweigerungsrechts; glaubhaft zu machen sei bei materieller Zeugnisweigerung eben nur, daß das Beweisthema dem Zeugen in der Beichte anvertraut sei. Unanwendbar sei die materielle Zeugnisweigerung freilich, wenn der Richter den Zeugen direkt nach dem und dem frage.

Sodann prüft der Verf. die Frage, ob der von den Prozeßordnungen dem Beichtsiegel verliehene Schutz genügt. Er bespricht zu diesem Behufe die Situationen, in die der Geistliche als Zeuge kommen könne, und rät dem Geistlichen an, als Zeuge von vornherein zu erklären: über das, was ihm in der Beichte anvertraut sei, verweigere er sein Zeugnis. Werde ihm dann bei weiterer Vernehmung die Frage vorgelegt, ob ihm der Beschuldigte die und die Mitteilung gemacht habe, so könne er einfach mit „Nein" antworten, denn dieses „Nein" bedeute: abgesehen von dem in der Beichte Anvertrauten. Eine direkte Befragung nach der in der Beichte anvertrauten Tatsache

müsse ein taktvoller Richter vermeiden; komme aber eine solche Frage vor, so könne der Zeuge wiederum das Zeugnis verweigern, selbst darüber, ob ihm überhaupt gebeichtet worden sei; er braucht nur auszusprechen, daß ihm bei Ausübung der Seelsorge etwas anvertraut sei und er nicht zu sagen brauche, wie das geschehen sei. Das Ergebnis ist, daß das Beichtsiegel durch die Prozeßordnungen ausreichend geschützt sei.

20. Über die Würdigung der Zeugenaussage spricht H. Groß in Goltdammers Archiv[35]). Die Fehlerquelle bei den falschen Zeugenaussagen liege nicht bloß in der Mangelhaftigkeit des Gedächtnisses, in der sie W. Stern vornehmlich suche, sondern mehr noch in der Unzuverlässigkeit der Wahrnehmung und der Auffassung. Beim Beobachten von Vorgängen sähen viele Leute gerade das Einfachste nicht mit. Oft werde ein Zeuge gerade über Dinge, die ihm bekannt waren, die mindest treue Wahrnehmung machen. Regelmäßig nehme der Zeuge überhaupt keine Tatsachen, sondern nur Gesamtbilder wahr. Abhängig sei die Wahrnehmungstreue auch von dem Temperament, ferner von dem, was der Zeuge zuvor erlernt, erfahren, erdacht habe und was er sonst noch wisse. Das Wahrnehmungsproblem bedürfe zu seiner Lösung noch systematisch betriebener Experimente, ausgehend von verschiedenen Beobachtern, vorgenommen an verschiedenem Material. Dabei werde man — im Gegensatz zu den Sternschen Experimenten — Gewicht darauf zu legen haben, daß die Versuchspersonen nicht vorher wüßten, daß es sich um ein Experiment handle; sie auch nicht lauter intelligente Leute seien; daß ihnen nicht längere Zeit zur Beobachtung gegeben werde, und endlich daß das Objekt ihrer Wahrnehmung nicht ein Bild, ein Ruhendes, sondern ein Vorgang sei.

VI. Lehre vom Urteil.

21. Das Werk von Kroschel „Die Abfassung der Urteile in Strafsachen" hat sich schnell Eingang verschafft. Auf die 2. Auflage (von 1899) — vgl. Z XX 658 — ist jetzt die dritte gefolgt[36]). Die neue Auflage ist durch Zusätze, Präzisierung des Ausdrucks usw. bereichert und verbessert (z. B. S. 12, 39, 46, 49, 55, 60, 66). S. 44, 54 vertritt der Verf. jetzt (mit Recht) die Auffassung, daß die Strafreife des Jugendlichen nach St.P.O. § 266 Abs. 2 zu behandeln ist (vgl. den Bericht Nr. 22).

Im einzelnen hat Referent zu den Meinungen Kroschels in Beneck-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, Stellung genommen. Es mag hier nur eins bemerkt werden: Auf S. 12 teilt der Verf. die Übung der Praxis mit, daß bei Realkonkurrenz nur die Gesamtstrafe, nicht die Einzelstrafen, im Urtelstenor aufgeführt

---

[35]) Bd. XLIX S. 184.
[36]) Berlin, Vahlen. 1902.

werden. Diese Praxis ist sicher zu mißbilligen. Kroschel spricht sich auch nicht für sie aus, hoffentlich erklärt er sich in der nächsten Auflage direkt als ihren Gegner.

Vielleicht würde es sich empfehlen, künftigen Auflagen ein alphabetisches Sachregister beizufügen. Die Benutzung des trefflichen Buchs in der Praxis würde dadurch noch wesentlich erleichtert werden.

22. Im Gerichtssaal[37]) erörtert Kroschel die Frage, ob die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht des verurteilten jugendlichen Angeklagten in den Entscheidungsgründen festgestellt werden muß. Er gelangt in Übereinstimmung mit der (von der früheren Reichsgerichtspraxis abweichenden) Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XXI S. 161 zu dem Ergebnis, daß das Fehlen jener Einsicht ein „die Strafbarkeit ausschließender Umstand" im Sinne der St.P.O. sei, somit nach § 266 Abs. 2 zu behandeln sei, d. h.: die Feststellung in den Gründen sei nur dann erforderlich, wenn das Fehlen der Einsicht in der Verhandlung behauptet worden sei, und einer Angabe der Tatsachen, aus denen das Gericht das Vorhandensein der Einsicht folgere, bedürfe es nicht. Referent hat dieselbe Auffassung bereits in seinem Lehrbuch S. 401 vertreten und kann den klaren Ausführungen Kroschels nur beipflichten.

23. Eine Erlanger Inauguraldissertation von Barbarino[38]) beschäftigt sich mit der Lehre von der Rechtskraft des Strafurteils. Sie behandelt (ohne zu neuen Ergebnissen zu gelangen) Begriff und Wesen der Rechtskraft, sowie verwandte Begriffe: Unwiderruflichkeit, Unanfechtbarkeit, Vollstreckbarkeit; geschichtliche Entwickelung des Begriffs; Begründung der Notwendigkeit der Rechtskraft (Fiktionstheorie, Billigkeitstheorie, rechtspolitische Begründung); Einteilungen der Rechtskraft; ihr Geltungsgebiet in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und persönlicher Beziehung, insbesondere die Frage nach der Rechtskraft disziplinargerichtlicher Entscheidungen, der Rechtskraft der Urteilsgründe, der Rechtskraft von Beschlüssen, Strafbefehlen usw.; sodann die positive und die negative Wirkung der Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung des Identitätsproblems.

VII. Zwangsmittel.

24. Über das Verhältnis mehrerer gleichzeitiger Haftbefehle zu einander und zur Strafvollstreckung handelt Olbricht in Goltdammers Archiv[39]). Er stellt sich in Gegensatz zu der bisher in Praxis und Theorie herrschenden Auffassung, daß eine Untersuchungshaft sich auf mehrere Strafsachen beziehen könne (sogenannter Superarrest). Die Untersuchungshaft sei Freiheits-

[37]) Bd. LXI S. 128.
[38]) Otto Barbarino, Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen. Würzburg, Scheiner. 1902. 116 Seiten.
[39]) Bd. XLVIII S. 393.

entziehung, und die Freiheit könne nur demjenigen entzogen werden, der nicht schon eingesperrt sei. Folglich trete der etwa erlassene zweite Haftbefehl erst mit Erledigung der ersten Freiheitsentziehung in Wirklichkeit, so daß also die Haftfrist auch erst von da an (nicht von der sogenannten Notierung des Superarrests) zu berechnen sei. Zulässig sei es jedoch, gegen eine wegen Fluchtsverdachts verhaftete Person, die aus einem andern, wegen Kollusionsverdachts verhängten, Haftbefehl sich ergebenden weiteren Beschränkungen zur Anwendung zu bringen. Werde eine in Untersuchungshaft befindliche Person in der betreffenden Sache zu Strafe verurteilt, so schließe sich ungeachtet eines etwa bestehenden weiteren Haftbefehls die Strafhaft unmittelbar an die Untersuchungshaft an, und es finde gemäß § 482 St.P.O. Anrechnung der seit Eintritt der relativen Rechtskraft vollstreckten Untersuchungshaft statt. Werde ein in Untersuchungshaft sitzender Beschuldigter in einer andern Strafsache zu Strafe verurteilt, so könne diese nur unter Unterbrechung der Untersuchungshaft mit Genehmigung der für letztere zuständigen Behörden vollstreckt werden, und der Strafantritt sei dann von dem Zeitpunkte der tatsächlichen Überführung in die Strafhaft an zu berechnen. Ein Strafgefangener endlich könne nur nach Unterbrechung der Strafhaft in Untersuchungshaft genommen werden.

25. Middendorf versicht im Gerichtssaal[40]) die Meinung, daß die zur Abwendung der Untersuchungshaft geleistete Sicherheit auch bei Selbstmord des Beschuldigten der Staatskasse verfalle; sein Hauptargument ist, daß § 122 St.P.O. ganz allgemein von einem sich„ der Untersuchung Entziehen" spreche; aber auch die rechtsphilosophische Würdigung des Selbstmordes führe zu keinem andern Resultat.

26. Über die Unterbringung des Angeklagten in einer Irrenanstalt nach § 81 St.P.O. spricht Kornfeld im Gerichtssaal[41]). Er führt aus, daß § 81 nur auf den Fall anwendbar sei, daß der Angeklagte auf bestehende Geistesstörung hin untersucht werden solle. Werde sonst eine Untersuchung des Geisteszustandes erforderlich (z. B. um Rückschlüsse auf die Zeit der Tat zu ziehen), so sei Unterbringung in einer Irrenanstalt unzulässig; erwünscht würde es aber sein, wenn in solchem Falle verhaftete Angeklagte in ein mit einer Krankenstation versehenes Gefängnis übergeführt werden könnten.

Der Verf. behandelt ferner die Frage, ob ein Sachverständiger, dessen Antrag auf Internierung des Angeklagten in einer Irrenanstalt abgelehnt worden sei, dagegen Beschwerde habe. Er scheint sich der verneinenden Ansicht anschließen zu wollen.

27. Gegen Kornfeld wendet sich Stenglein in derselben Zeitschrift[42]). Der § 82 St.P.O. sei anwendbar auf alle Geisteszustände, über die ein Gutachten erfordert werden könne, und zwar

[40]) Bd. LXII, S. 197.
[41]) Bd. LXI, S. 451.
[42]) Bd. LXII, S. 129.

ohne Unterschied, ob es sich um den gegenwärtigen oder um den vergangenen Geisteszustand handle. Denn das Gesetz laute allgemein und dürfe nicht beschränkend interpretiert werden.

Die andre von Kornfeld berührte Frage, ob der Sachverständige gegen Ablehnung seines Antrages beschwerdeberechtigt sei, sei unzweifelhaft zu verneinen, da nach der Strafprozeßordnung die Beschwerde nur den Prozeßbeteiligten und den durch die Entscheidung persönlich Betroffenen zustehe.

VIII. Vorverfahren.

28. Der Reform des Vorverfahrens ist eine Schrift von Zucker gewidmet[43]). In der Einleitung weist der Verf. darauf hin, daß die Reform des Vorverfahrens entgegen einem (später rückgängig gemachten) Beschlusse des Gesamtvorstandes der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung ein eminent wissenschaftliches und keineswegs streng nationales Problem darstelle, und daß diese Reform drängend sei, weil mit dem jetzigen Vorverfahren allenthalben Unzufriedenheit bestehe. Die drei folgenden Abschnitte schildern das Vorverfahren des französischen, des deutschen und des österreichischen Strafprozesses (S. 11—86). Der Schlußabschnitt (S. 87—157) bringt die Kritik und die eignen Reformvorschläge Zuckers. Keine der drei Prozeßordnungen, führt er aus, sei durchaus zufriedenstellend; jede habe ihre besondern Mängel. Die Reformvorschläge von John, Kronecker, Ortloff und Bornhak hätten einen gemeinsamen Fehlgedanken: sie hielten das Vorbereitungs- und das Erkenntnisverfahren, die beide ganz verschiedenen Zwecken zu dienen hätten, nicht genügend auseinander. Die Gründe, mit denen Glaser die derzeitige Gestaltung des Vorverfahrens zu stützen unternommen habe, seien in sich widerspruchsvoll. Zu fordern sei, daß die vorbereitende Sammlung des Prozeßmaterials ganz in die Hand des Anklägers gelegt werde.

Der angebliche Vorteil der gründlicheren Vorbereitung der Hauptverhandlung im Falle einer richterlichen Voruntersuchung sei nicht anzuerkennen; auch die Staatsanwaltschaft könne mit gleicher Gründlichkeit den Stoff sammeln; es sei überdies gar nicht erwünscht, daß das Vorverfahren allzu gründlich ausfalle, denn dann präokkupiere sie die Richter der Hauptverhandlung, und dies umsomehr, wenn gerade eine richterliche Voruntersuchung vorangegangen sei; bei staatsanwaltschaftlichem Vorverfahren sei diese Gefahr viel geringer. Unstichhaltig sei auch die Behauptung, daß der Entlastungsbeweis bei dem Untersuchungsrichter besser aufgehoben sei, als bei dem Staatsanwalt. Denn der Untersuchungsrichter übe in Wahrheit gar keine richterliche Tätigkeit, sondern habe trotz seiner Bezeichnung als „Richter" Strafverfolgungsfunktion wie der Staatsanwalt. Ja, der Untersuchungsrichter sei sogar noch weniger als der Staatsanwalt

[43]) Zucker, Über einige Reformen des Vorverfahrens im modernen Strafprozesse, Wien, Perles, 1902.

geeignet für Entlastung zu sorgen, denn dieser sei durch sein Interesse an dem künftigen Geschick seiner Anklage zu vorsichtiger Berücksichtigung auch der Entlastungspunkte genötigt, der Untersuchungsrichter dagegen nicht. Die Praxis bestätige, daß der Untersuchungsrichter oft die Nichterhebung einer Anklage durch den Staatsanwalt gar nicht billige. Man habe sich auch durch den englischen Satz The judge is the counsel of the prisoner mißleiten lassen. In Wahrheit führe in England der Richter gar nicht die Untersuchung, sondern der Ankläger, der Richter stehe nur zwischen Verfolger und Beschuldigtem, um ungesetzmäßige Angriffe des erstern abzuwehren. Wenn weiter die Notwendigkeit eines Schutzes gegen den Mißbrauch von Zwangsmaßregeln zu gunsten der richterlichen Voruntersuchung angeführt werde, so sei nicht einzusehen, wieso man wegen jenes Grundgedankens die ganze Untersuchung selber in richterliche Hände legen müsse. Gerade die Übertragung der Untersuchung selber auf den Untersuchungsrichter mache diesen eigentlich zum Staatsanwalt. Wer sich darauf berufe, daß verwickeltere Straffälle ein richterliches Vorverfahren notwendig machten, der werde durch das geltende Recht widerlegt, wonach sich sehr viele verwickelte Sachen ohne Voruntersuchung abwickelten. Eine richterliche Untersuchung sei allemal ein bleibender Makel für den Beschuldigten, auch bei nachheriger Freisprechung; man müsse dem Beschuldigten ein Recht darauf zuerkennen, daß die Stoffsammlung nur seinem Angreifer zukomme; die Volksmeinung erblicke in dem Eintreten des Richters bereits einen Schuldbeweis. Sehr bezeichnend sei, daß die Praxis in Österreich und in Deutschland bereits die Voruntersuchung bei Seite zu schieben bemüht sei. So würde oft das das gesamte Material durch die Staatsanwaltschaft gesammelt, und erst dann eine Voruntersuchung mehr zum Schein, um der Form zu genügen, angehängt. Nach der deutschen Justizstatistik sei eine beständige Abnahme der Zahl der Voruntersuchungen festgestellt. Die Staatsanwaltschaft pflege auf Voruntersuchung nur da anzutragen, wo diese gesetzlich „notwendig" sei, oder wo sich die für voruntersuchungsloses Vorverfahren zur Verfügung stehende Haftfrist als zu kurz erweise für die Stoffsammlung. Aus allen diesen Gründen fordert Zucker die Abschaffung der Voruntersuchung. Der erste Angriff solle den Polizei- und Sicherheitsbehörden verbleiben, jedoch unter genauer gesetzlicher Regelung ihrer Befugnisse. Dann aber solle das Vorverfahren ganz in der Hand des Staatsanwalts liegen; der Richter solle nur da angegangen werden, wo Sicherung eines Beweises für das Hauptverfahren erforderlich werde. Damit sei auch Unmittelbarkeit für den Staatsanwalt gewonnen, er werde so viel besser in den Stand gesetzt, zu beurteilen, ob er die Anklage zu erheben habe oder nicht. In die Hand des Staatsanwalts seien auch die Zwangsmittel zu legen, so zwar, daß auf Verlangen des Beschuldigten eine richterliche Nachprüfung in einem streitigen kontradiktorischen mündlichen Verfahren stattfinde. Der durch sogeartete Reform erforderliche Kostenmehraufwand werde meist überschätzt, und

es werde nicht genügend berücksichtigt, daß durch Wegfall der Untersuchungsrichter viel Kosten gespart würden. Überdies dürfe die Reform nicht am Kostenpunkt scheitern. Die Verteidigung müsse alsdann natürlich in der Weise zu ihrem Rechte kommen, daß sie in Gleichberechtigung mit der Staatsanwaltschaft zur Vernehmung von Zeugen usw. befugt sei. Bei folgerichtiger Weiterentwickelung des für die staatsanwaltschaftliche Stellung grundlegenden Gedankens sei dann zu postulieren, daß die Disposition über die Klage schlechthin dem Staatsanwalt zustehen müsse; daher Möglichkeit staatsanwaltlicher Einstellung auch nach Rechtshängigkeit; Abschaffung des Eröffnungsbeschlusses, ganz besonders des dem staatsanwaltschaftlichen Außerverfolgungssetzungsantrag zuwiderlaufenden; keine eingehend motivierte Anklageschrift usw. Nur sei gegen Erhebung der Anklage dem Beschuldigten ein Rechtsmittel zu gewähren.

Der Referent kann sich den Darlegungen Zuckers nach Ergebnis und Begründung fast in allen Punkten anschließen.

28a. Zu Gunsten einer Beibehaltung der heute von den Meisten angefochtenen Voruntersuchung ergreift Groß das Wort[44]). Er verlegt den Hauptwert der Voruntersuchung in die Schaffung einer brauchbaren Unterlage für den Vorsitzenden des erkennenden Gerichts bei Aufstellung seines Plans, nach dem er die Hauptverhandlung durchführt. Eine derartige vorbereitende Sammlung des Beweismaterials werde aber immer in der Hand des Untersuchungsrichters am besten aufgehoben sein. Die vor dem Untersuchungsrichter abgelegten Zeugnisse seien in der Regel weitaus die besten, weil dem Zeugen das Verhör von dem Gendarm zu wenig, das vor dem Vorsitzenden zu viel imponiere. Wolle man aber auch prinzipiell das Vorverfahren in die Hand des Staatsanwalts legen, so bedürften doch noch besonderer Behandlung diejenigen Prozeßakte, die direkt die persönliche Freiheit des Beschuldigten angriffen, und diejenigen, die endgültige Feststellungen enthielten (wie Haussuchungen, Lokalaugenscheinseinnahmen usw.). Übertrage man auch diese dem Staatsanwalt, so heiße nur eben der heutige Untersuchungsrichter Staatsanwalt, und es sei dadurch dem Wesen dieser Akte Zwang angetan, da sie richterliche Akte seien. Behalte man sie aber dem Richter vor, während das Vorverfahren sonst dem Staatsanwalt gebühre, so beeinträchtige man die Einheit der Sache, es würden Zeitverluste entstehen, der ersuchte Richter werde minder gut informiert sein usw. Fehlerhaft würde es auch sein, dem Saatsanwalt die Sammlung des Entlastungsstoffs zu übertragen, dazu sei der Ankläger nicht da; eine Verteilung von Belastung und Entlastung aber sei undurchführbar, die Entlastung werde dabei zu kurz kommen. Die Klagen über die heutige Voruntersuchung hätten sonach ihren Grund nicht in dem Charakter des Instituts; Schuld an diesen Klagen sei vielmehr nur die mangelhafte

[44]) Archiv für Kriminalanthropologie u. Kriminalistik, Jahrg. 1903.

Ausbildung der Untersuchungsrichter, und lediglich in dieser Hinsicht müsse Wandel geschaffen werden.

Referent kann diesen Ausführungen nicht beipflichten. Gesetzt zunächst, der Zweck der Voruntersuchung wäre der, dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts die Basis für planvolle Verhandlungsleitung zu geben, so würden zwei Konsequenzen unabweisbar sein: es müßte 1. die Voruntersuchung *nach* Eröffnung des Hauptverfahrens oder, wo solche nicht gesetzlich vorgesehen ist, *nach* Anklageerhebung stattfinden; und 2. *diese* „Voruntersuchung" müßte in die Hand des Vorsitzenden selber gelegt werden. Aber dieser Zweck kann garnicht als der wahre Zweck der Voruntersuchung zugegeben werden. Wäre er es, dann sänke die Hauptverhandlung zum Range einer bloßen Theateraufführung herab, die Voruntersuchung würde mehr oder weniger zur Urteilsgrundlage. Die erste *Voruntersuchung* hat vielmehr den Zweck, Grundlage für *Anklage und Eröffnungsbeschluß* zu sein; und hier setzt — sehr berechtigt — die Reformforderung ein, es möge der Ankläger selber in seiner Hand alle Stoffsammlungsbefugnisse vereinigen. Gerade wenn man überzeugt davon ist, daß die Voruntersuchung durch ihre Einheitlichkeit gute Information zu geben im stande ist, muß man verlangen, daß derjenige, der sie geführt hat, nicht, wie dies heute der Fall ist, nach Abschluß der Untersuchungshandlungen zur Seite geschoben ist, sondern die maßgebende Entscheidung hat, d. h. darüber befindet, ob die Anklage erhoben werden soll oder nicht. Da es nun keinen Sinn hätte, einen Untersuchungsrichter zum Ankläger zu machen, so muß man eben dem Ankläger die Voruntersuchung übertragen, und zwar in vollem Umfang. Daß Haussuchungen usw. ihrem Wesen nach richterliche Handlungen seien, kann nicht zugegeben werden. Und wenn man dem Staatsanwalt die Besorgung der Entlastung des Beschuldigten vorenthalten will, so verkennt man die so wichtige und gebotene Objektivität des staatsanwaltschaftlichen Standpunkts!

IX. Hauptverhandlung, insbesondere schwurgerichtliche Hauptverhandlung.

29. *Wittich* macht im Gerichtssaal[45]) darauf aufmerksam, daß nach § 56[3] St.P.O. diejenigen Zeugen unbeeidigt zu lassen sind, die sich einer durch eine im Vorverfahren geleistete Zeugenaussage dem Angeklagten geleisteten Begünstigung verdächtig gemacht haben, und wünscht ausgiebige Benutzung dieser Handhabe, um so Meineiden vorzubeugen.

30. Dem *Schwurgerichtsvorsitzenden* bietet *Kalau vom Hofe* ein praktisches Hilfsmittel in Gestalt einer systematischen Zusammenstellung und Erörterung aller einschlägigen Gesetzesbestimmun-

[45]) Bd. LXII S. 194.

gen[46]). Die Pflichten des Schwurgerichtsvorsitzenden werden chronologisch dargestellt: Pflichten *vor* dem Beginn der Sitzungsperiode, *während* der Sitzungsperiode und *nach* dieser. Besonders eingehende Berücksichtigung finden die Beweisaufnahme und die Fragestellung. Im Anhang beigegeben ist ein Schema, das den Schwurgerichtsvorsitzenden in der Sitzung redend darstellt. Das Buch ruht im wesentlichen auf den Entscheidungen des Reichsgerichts, ohne diese jedoch durchgängig als richtig anzuerkennen. Die Literatur ist nur in geringem Umfang herangezogen. Daß das Werk seinen praktischen Zweck erfüllen wird, ist nicht zweifelhaft.

Zu bemerken wären folgende Einzelheiten: Auf S. 3 Anm. 18 wird dem Vorsitzenden die Befugnis, während der Hauptverhandlung neue Beweismittel heranzuziehen, völlig abgesprochen. Im Gegensatz dazu wird S. 39 zutreffend gesagt, daß der Vorsitzende diese Befugnis hat, sofern nicht Aussetzung der Verhandlung erforderlich wird. — S. 29 und 143 ist von den Strafen die Rede, die ein Geschworener zu erwarten habe, wenn er seinen Eid breche. Woran hat der Verf. hier gedacht? — Auf S. 68 wird unter Anrufung der Reichsgerichtsjudikatur behauptet, St.P.O. § 244 beziehe sich nicht auf Sachverständige. Das wird doch schon durch die deutliche Fassung des § 244 widerlegt, ist auch vom Reichsgericht nicht verfochten worden. Gemeint ist: Bei Heranziehung neuer Sachverständiger (= solcher, die nicht geladen und erschienen sind) hat das Gericht völlige Freiheit. — S. 77 ff. lassen eine klare Abgrenzung von Urkundenbeweis und Augenscheinbeweis vermissen. — Auf S. 145, 148 wird den Geschworenen die Entscheidung der „Tatfrage", dem Gerichtshof die Entscheidung der Frage wegen „Anwendung des Gesetzes" zugewiesen — ein seltsamer Rückfall in lange hinter uns liegende Zeiten! Selbstverständlich handelt es sich dabei nur um ein Vergreifen im *Ausdruck*, das aber wegen der Vorgeschichte unserer heutigen Schwurgerichtsverfassung bedenklich erscheint.

31. Mit der *schwurgerichtlichen Fragestellung* bei Wechsel der Strafgesetze zwischen Begehung und Aburteilung und bei ausländischem Delikt im Falle des § 4[3] St.G.B. befaßt sich *Ötker* in Goltdammers Archiv[47]). Im Falle des Gesetzeswechsels bedürfe es einer Befragung der Geschworenen in der Richtung beider Strafgesetze, des alten wie des neuen, und zwar mittels einer Einheitsfrage mit Doppelsubsumtion. Das gelte für den Fall des Wechsels der Deliktsbegriffe, für den Fall der bloßen Rechtserneuerung (ohne materielle Änderung), den Fall der Erweiterung oder Verengerung oder andersartigen Bestimmung des Verbrechenstatbestandes, sowie den Fall der Änderung in Qualifizierungs- oder Privilegierungsgründen. Bejahung und Verneinung der Frage im ganzen sei zulässig; es

[46]) *Kalau vom Hofe*, Der Vorsitz im Schwurgericht, Berlin 1901, Vahlen.

[47]) Goltd. Arch. Bd. XLXIII S. 321.

könnten aber auch die einzelnen Glieder separat bejaht oder verneint werden. Die Verneinung eines Gliedes sei aber von gleicher Wirkung wie die Verneinung der ganzen Frage. Bei Zweifel über die Begehungszeit seien 2 Fragen, eine prinzipale mit Doppelsubsumtion und eine materielle, zu stellen. Lasse bereits der Eröffnungsbeschluß die Zeit der Tat im Unklaren, so sei die Eventualfrage keine Hilfsfrage, sondern nur analog zu behandeln. Einflußlos für die Fragestellung sei ein Gesetzeswechsel dann, wenn er nur die Strafsetzung betreffe (weil außerhalb der Aufgaben der Geschworenenbank liegend); ferner aber auch, wenn es sich um Änderung eines Tatbestandsmerkmals durch außerstrafrechtliche Gesetzesänderung oder um Änderung eines Blankettstrafgesetzinhalts durch Normänderung handle (hier lediglich Rechtsbelehrung). — Entsprechend sei bei ausländischem, unter § 4³ St.G.B. fallendem Delikt eine Einheitsfrage mit Doppelsubsumtion (Subsumtion unter das deutsche und unter das ausländische Gesetz) zu stellen; bei Zweifel über den Begehungsort eine prinzipale Frage mit Doppelsubsumtion und eine eventuelle. Die deutsche Staatsangehörigkeit sei mit in die Frage aufzunehmen. Über die Tatsachen ex § 5 St.G.B. entscheide der Gerichtshof.

Die Abhandlung ist sehr dankenswert, Ausgangspunkt und Ergebnis scheinen aber dem Referenten nicht zutreffend zu sein. Eine „Einheitsfrage mit Doppelsubsumtion" ist außer dem Falle der Idealkonkurrenz nicht denkbar. Denn Doppelsubsumtion bedeutet Anwendbarkeit beider Strafgesetze. Man darf eben nicht vergessen, daß das „Ja, der Angeklagte ist schuldig" bedeutet: aus diesem Strafgesetz ist zu verurteilen, also bei Doppelsubsumtion: aus beiden Strafgesetzen ist zu verurteilen. Dies trifft bekanntlich bei Idealkonkurrenz zu (nur daß die eine Strafdrohung außer Anwendung bleibt). Dagegen liegt der Fall des § 2 und der des § 4³ St.G.B durchaus anders. Bei zeitlichem Wechsel der Gesetze ist entweder das alte Gesetz maßgebend geblieben oder das neue ist maßgebend geworden. Sie schließen also einander aus. Nun kann man zwar die Feststellung, welches der beiden Gesetze anwendbar sei, nur auf Grund einer Gedankenoperation machen, bei der man den konkreten Fall an den Tatbeständen beider Gesetze mißt; aber dieses sozusagen probeweise Messen an dem Tatbestand ist keine auf das „Schuldig" hinauslaufende Subsumtion. Schuldig kann der Täter nur entweder aus dem einen oder aus dem andern Gesetze sein. Die Ötkersche Einheitsfrage, voll bejaht, führte zu einem logischen Widerspruch. Es müssen somit unbedingt zwei im Verhältnis von Haupt- und Hilfsfrage stehende Fragen gestellt werden, die eine gerichtet auf das neue, die andre gerichtet auf das alte Gesetz. Subintellegendum bei jeder der Fragen ist die größere Milde des einen oder andern der Gesetze. Die Frage, ob der Angeklagte „schuldig" aus dem neuen Gesetz sei, ist also nicht schon dann zu bejahen, wenn der Tatbestand paßt, sondern nur dann, wenn sich außerdem das neue Gesetz als das mildere erweist.

Auch das internationale Strafrecht gibt keine Möglichkeit einer

Doppelsubsumtion. Die Fragestellung läuft lediglich auf das „Schuldig im Sinne des deutschen Rechts" hinaus. Ein „Schuldig im Sinne des ausländischen Rechts" gibt es für uns garnicht, weil niemals auf Grund des ausländischen Rechts verurteilt wird. Im Fall des § 4[3] wird also die Tat nicht unter das fremde Recht „subsumiert", sondern nur am fremden Recht gemessen. Es ist also eine einzige Frage, und diese lediglich mit den Worten des deutschen Strafgesetzes zu stellen. Subintellegendum ist im Falle des § 4[3] die Bedingung der auswärtigen Strafbarkeit. Die Geschworenen dürfen die Frage eben nur unter dieser Bedingung bejahen. Übrigens scheitert eine Fragestellung aus dem ausländischen Strafgesetz möglicherweise auch schon an der Fremdheit der Sprache, sowie an der Möglichkeit von Strafgewohnheitsrecht. Die Auskunft, die Ötker S. 331 für diese Fälle gibt, krankt an einer recht erheblichen Unsicherheit der Prozedur.

X. Privatklageverfahren.

32. Die systematische Stellung des Privatklageverfahrens im Strafprozeß behandelt Gerland im Gerichtssaal[48]). Nach Hervorhebung der Besonderheiten des Privatklageverfahrens (Stellung des Verletzten usw.) formuliert er seine Ansicht über die lex lata dahin: Das Privatklageverfahren sei öffentliche Strafverfolgung, Privatklage sei öffentliche Klage, der Privatkläger Organ der staatlichen Strafverfolgung. Eine scharfe Trennung vom Zivilprozeß sei durchaus erforderlich. Bei der Privatstrafe handle es sich um Geltendmachung einer staatlichen Strafverpflichtung. Zufälligerweise habe das Strafurteil in Beleidigungssachen auch eine zivilrechtliche Funktion, insofern es den durch die Beleidigung verletzten Ehrenzustand wiederherstelle. Das sei aber ohne Bedeutung für den Charakter des Verfahrens. Ein Korrektivmittel gegen das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft sei die Privatklage nicht. Die besondere Natur der Privatklagedelikte sei in ihrer Höchstpersönlichkeit zu finden, sie berührten die öffentliche Interessensphäre nicht, seien also Privatdelikte. Das Privatklageverfahren sei verwandt mit dem Verfahren auf Strafantrag; bei beiden Verfahren habe man es mit einer gradatim gesteigerten Berücksichtigung privater Interessen zu tun, Antragstellung und Privatklage seien also Ausübung eines und desselben Verfügungsrechts in verschiedener Form.

Aber die dogmatische Konstruktion, wie sie für die lex lata gelte, befriedige nicht. Aus dem Umstande, daß ein Delikt ausschließlich die Privatrechtssphäre verletze, sei nicht zu folgern, daß das Privatinteresse besonders lebhaft affiziert sei. Die Prämisse rechtfertige nicht die Folgerung. Der Beleidigte speziell habe allerdings ein Interesse an der Strafverfolgung, aber nur ein zivilrechtliches (an Wiederherstellung seines guten Namens), und dieses Interesse sei besonders

[48]) Bd. LX S. 157.

lebhaft, weil er keinen andern Weg, als den der Strafverfolgung habe. Keineswegs aber sei dieses Privatinteresse geeignet, das Verfügungsrecht des Verletzten über den staatlichen Strafanspruch, sowie sein Klagerecht zu rechtfertigen. In strafrechtlicher Beziehung sei das Interesse des Verletzten bei keinem der Privatklagedelikte besonders lebhaft affiziert. Auch sei das Interesse an der Bestrafung bei Bagatelldelikten keineswegs geringer als sonst; überdies seien die Privatklagedelikte gar keine Bagatelldelikte. Delikte, die bloß die Privatrechtssphäre und nicht auch das öffentliche Interesse verletzten, gebe es nicht.

Zur Rechtfertigung des Privatklageverfahrens genüge nicht die Bezugnahme darauf, daß es die Staatsanwaltschaft entlaste. Solche Entlastung sei überhaupt kein berechtigter Gesichtspunkt.

Wolle man dem Privatklageverfahren die Zweckbestimmung eines Manifestationsverfahrens zuschreiben — Manifestation, ob der Verletzte die Tat als Delikt empfinde — so scheitere man daran, daß für solche Manifestation der Strafantrag ausreiche.

Auf der anderen Seite sei auch der Ansicht, die das Privatklageverfahren beseitigt wissen wolle, nicht beizutreten; schon die geschichtliche Entwicklung spreche für Beibehaltung. Die Rechtfertigung des Privatklageverfahrens liege in folgendem: Beleidigungen und leichte Körperverletzungen seien in den meisten Fällen die Symptome für einen zwischen verschiedenen Personen bestehenden Streitzustand oder akuten Streit; sie seien meist Affekthandlungen. Das Begangensein in Zank und Streit rechtfertige eine besondere Behandlung. Das öffentliche Interesse gehe hier primär auf Beseitigung des Klagerechts durch Vergleich der Parteien; an der Bestrafung des schuldigen Teils habe der Staat nur ein sekundäres Interesse. Ein Interesse des Staates an Bestrafung bestehe, so lange dem Präventivinteresse durch die Bestrafung Rechnung getragen werde; sowie aber die Strafe ungeeignet erscheine, diesen Zweck zu erfüllen, höre das Interesse des Staates an der Bestrafung, nicht aber an der Verhütung der Delikte auf. Nun würde eine Bestrafung von Beleidigungen und leichten Körperverletzungen, die aus Streit entsprungen sind, in den meisten Fällen keine prävenierende Wirkung haben, im Gegenteil nur größere Erbitterung hervorrufen; dagegen würde Versöhnung am besten prävenierend wirken. Es sei also ein Verfahren am Platze, gerichtet in erster Linie auf Versöhnung und nur eventuell auf Bestrafung. Dies sei das Privatklageverfahren. In ihm müsse der Verletzte deshalb ein Strafbestimmungsrecht und ein formelles Klagerecht haben. Seiner Natur nach sei das Verfahren ein reines Strafverfahren.

Nach dem Grundgedanken müsse sich auch der Kreis der Privatklagedelikte bestimmen; in das Privatklageverfahren seien aus Zank entsprungene leichte Körperletzungen und Beleidigungen, soweit sie in schlichten Scheltworten bestünden und nicht an die gute Ehre und das Gerüchte gingen, sowie Hausfriedensbruch und Bedrohung, die sich nicht über das Niveau gewöhnlichen Gezänks erhöben, zu verweisen,

nicht dagegen fahrlässige Körperverletzungen und unlauterer Wettbewerb. Das Verfahren sei im allgemeinen so, wie im geltenden Recht zu gestalten. Doch müsse ein unbeschränktes Klagerücknahmerecht bestehen, und bei allen Privatklagedelikten müsse ein Sühneversuch vor Klageerhebung vorgeschrieben sein.

33. Über die Wirkungen der Übernahme der Strafverfolgung seitens der Staatsanwaltschaft in dem Verfahren auf erhobene Privatklage spricht v. Kujawa in Goltdammers Archiv[49]). Er verficht mit zutreffender Begründung die Ansicht, daß die Übernahme der Strafverfolgung unmöglich (wie das Reichsgericht wolle) zur Einstellung des Privatklageverfahrens und neuer Klage führen könne, da das keine „Übernahme" sein würde; daß vielmehr unter Aufrechterhaltung des bisherigen Verfahrens das Verfahren fortan in den Formen des Staatsklageverfahrens fortzuführen sei; daß die Zuständigkeit des Schöffengerichts ungeändert bestehen bleibe, und daß die Staatsanwaltschaft die Verfolgung nur nach Maßgabe des § 154 St.P.O. aufgeben dürfe. Die Strafkammer in der Berufungsinstanz müsse mit 5 Mitgliedern besetzt sein, denn § 77 G.V.G. ordne die 3gliedrige Strafkammer nur dann an, wenn ein Fall der Privatklage vorliege, ein solcher liege aber nach staatsanwaltschaftlichen Übernahme nicht mehr vor.

Xa. Rechtsmittel.

33a. Alsberg bekämpft im Gerichtssaal[50]) mit zutreffenden Gründen eine (ungedruckte) Reichsgerichtsentscheidung vom 16. März 1903 (D. Nr. 5473/02), die dem in der Revisionsinstanz aufgehobenen, in der erneuten Hauptverhandlung verlesenen Urteil die Bedeutung zuerkennt, daß die Beweisfeststellungen der erneuten Hauptverhandlung sich auf jenes Urteil stützen könnten.

XI. Wiederaufnahme des Verfahrens.

34. West verteidigt im Gerichtssaal[51]) seine in Z XVI 247, Gerichtssaal LVI 180 vorgetragene Meinung, daß § 404 St.P.O. auch dann gelte, wenn der Wiederaufnahmeantrag auf § 399[5] St.P.O. gestützt werde, gegen die von verschiedenen Seiten dagegen geltend gemachten Einwendungen. Überzeugend erscheinen seine Ausführungen dem Referenten nicht

XII. Strafvollstreckung.

35. Eine systematische Darstellung des Reichs-Strafvollstreckungsrechts ist erschienen von Weichert[52]); ein Anhang bringt einen ebenfalls systematischen Überblick über die für das König-

[49]) Bd. XLIX S. 10.
[50]) Bd. LXIII 147.
[51]) Bd. LXI S. 147.
[52]) L. Weichert, Grundzüge der Strafvollstreckung nach Reichsrecht zum Gebrauche für die Praxis. Leipzig, Dieterich, 1902.

reich Sachsen geltenden partikularrechtlichen Bestimmungen betreffend die Strafvollstreckung. Das Buch faßt im wesentlichen nur die Ergebnisse der bisherigen Literatur und Judikatur zusammen, zu Kontroversen ist in Kürze Stellung genommen. Neu ist die vom Verf. vertretene Meinung, daß Geisteskrankheit auch die Vollstreckung der Vermögensstrafen hemmt (S. 18); dieser Meinung wird beizupflichten sein, nur geht Verf. einerseits zu weit, wenn er die Vollstreckung auch dann nicht zulassen will, wenn das Urteil vor Eintritt der Geisteskrankheit rechtskräftig geworden ist; und auf der andern Seite verfährt Verf. inkonsequent, wenn er nur unheilbare Geisteskrankheit als vollstreckunghemmend behandelt. Neu und jedenfalls diskutabel ist ferner die Ansicht, daß die Vollstreckung eines Verweises in 5 Jahren verjähre, wenn der Verweis wegen eines nur mit Freiheitsstrafe bedrohten Vergehens erkannt sei, sonst in 2 Jahren (dies deshalb, weil der Verweis nur eine Ersatzstrafe sei) (S. 23).

Mitbehandelt werden in dem Buche die Strafvollstreckungsrechtshilfe einschließlich der einen breiten Raum einnehmenden Auslieferung, sowie die Kosten der Strafvollstreckung. Zu berichtigen wären folgende Punkte: Auf S. 6 Anm. 5 wäre das neue Schutzgebietsgesetz vom 25. Juli 1900, nicht das Gesetz vom 15. März 1888, zu nennen. Auf S. 7 fehlt die Anführung, daß ein Strafbefehl auch dadurch rechtskräftig wird, daß der Einspruch durch rechtskräftiges Urteil verworfen worden ist, sowie daß ein Urteil auch dadurch die Rechtskraft erlangt, daß das Rechtsmittelgericht das eingelegte Rechtsmittel durch rechtskräftiges Urteil verwirft. Weshalb der Verf. in den Fällen der §§ 360 Abs. 2, 386 Abs. 2 St.P.O. die Rechtskraft des Urteils mit dem Zeitpunkt eintreten lassen will, in dem der Beschluß des Revisionsgerichts beziehungsweise des Beschwerdegerichts der Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Zustellung übergeben wird (S. 12), ist nicht recht ersichtlich.

35a. Über die Beschränkungen der Vollstreckung der Freiheitsstrafen handelt Ortloff im Gerichtssaal[53]), und zwar im ersten Abschnitt über Aufschub und Unterbrechung des Strafvollzugs, im zweiten über die bedingte Entlassung, im dritten über den bedingten Straferlaß und Zwangserziehung.

Im weiteren befaßt sich Ortloff mit der bedingten Verurteilung, für die er — mit Ausschluß der Antragsdeliktsfälle, soweit der Verletzte der Strafaussetzung widerspricht — eintritt, und zwar in Form der wirklichen bedingten Verurteilung, nicht der bedingten Begnadigung. Der Schluß der Abhandlung beschäftigt sich mit der Zwangserziehung Jugendlicher.

36. Über Haftkosten = Kosten der Vollstreckung der Freiheitsstrafen spricht Gennat in den Blättern für Gefängniskunde[54]). Wie er berichtet, werden diese Kosten in Hamburg von dem Ver-

[53]) Bd. LXIII S. 1, LXIII S. 81.
[54]) Bd. XXXVI S. 127.

urteilten nicht eingefordert, wiewohl nach § 497 St.P.O. der Verurteilte auch sie zu tragen habe. Dieser Praxis tritt Gennat entgegen. Sie sei zwar zulässig, denn jeder Einzelstaat habe das Recht, auf die Haftkosten zu verzichten. Aber sie sei nicht zu billigen. Es müsse bestehen bleiben, daß der Verbrecher für die Folgen seiner Tat in vollem Umfang einzustehen habe. Verzichte man auf die Haftkosten, so müsse man folgerichtig auch auf die Gerichtskosten verzichten. Aus der Nichterhebung von Haftkosten ergäben sich auch verschiedene Ungleichheiten und Unbilligkeiten. Die von gegnerischer Seite geltend gemachten Gründe seien — das wird im einzelnen durchgeführt — nicht stichhaltig.

37. Mit der Tragweite des § 495 St.P.O. beschäftigt sich eine Dissertation von Bärwald[55]). Es wird zunächst die Auffassung des Reichsgerichts bekämpft, derzufolge das ganze zivilprozessuale Zwangsvollstreckungsrecht auf die Vollstreckung von Geldstrafen Anwendung finden soll. Wenn nach dieser Auffassung Zustellung des Urteils an den Exequenden zum Beginn der Geld-Strafvollstreckung notwendig sein solle, so werde damit etwas postuliert, was zum Strafprozeß nicht passe; wenn weiter nach dieser Auffassung Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung usw. vom Vollstreckungsgericht zu entscheiden seien, so ergebe sich ein unlöslicher Widerspruch gegen § 494 St.P.O.; bei konsequenter Durchführung müsse man ferner vom Standpunkt der reichsgerichtlichen Ansicht aus die Beschwerde ganz den Sätzen der Z.P.O. unterstellen. Diese Ansicht ergebe auch Schwierigkeiten in der Praxis. Aber man könne auch nicht der Gegenansicht folgen, wonach sich „die Art und Weise der Vollstreckung" nach der Z.P.O. richten solle. Zu einer Heraushebung der Vorschriften, die die Art und Weise der Vollstreckung beträfen, fehle jeder Anhalt; man gelange so auch nicht zu einem klaren Ergebnis; überdies müsse man auch vom Standpunkt dieser Theorie aus die Zustellung des Urteils fordern, denn sie gehöre nach der Z.P.O. zur „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" (§ 766); solche Zustellung passe aber gar nicht zum Strafprozeß. Auch die von Ötker begründete Auffassung, wonach Strafvollstreckung und Strafvollzug zu scheiden seien, und ersterer nach der St.P.O., letzterer bei Geldstrafe nach der Z.P.O. einzurichten sei, will Verf. nicht gelten lassen. Das Strafvollstreckungsverfahren sei in der St.P.O. als ein einheitliches behandelt; die Teilung zwischen Strafvollstreckung und Strafvollzug finde im Gesetz keine Unterlage. Überdies lasse die Begriffsbestimmung eine scharfe prinzipielle Unterscheidung vermissen. Ein Widerspruch sei es auch, wenn Ötker selbst Überweisung an Zahlungsstatt ausschließe, denn das gehöre doch zum Strafvollzug. Verf. bekämpft sodann noch die einzelnen praktischen Folgerungen Ötkers (betreffend

[55]) Eduard Bärwald, In welchem Umfange sind zivilprozessuale Vorschriften bei der Vollstreckung der Geldstrafen anzuwenden? Tübinger In.-Diss., Frankfurt a. M. 1902

Aushändigung des Vollstreckungstitels an den Gerichtsvollzieher, Zuständigkeit der Strafvollstreckungsbehörde zur Entscheidung über Beschwerden gegen Anordnungen der Vollzugsbehörde usw.).

Seine eigne Meinung begründet der Verf. dahin: Die zivilprozessualen Vorschriften seien insoweit anzuwenden, als nicht im einzelnen Falle ihre Anwendung durch die Vollstreckungsvorschriften der St P O. und durch den Umstand ausgeschlossen werde, daß es sich um die Durchführung des öffentlichrechtlichen Geldstrafanspruchs handelt.

XII a. Justizverwaltung.

37 a. Eine praktische Anweisung zur korrekten Ausfüllung der kriminalistischen Zählkarten und Strafnachrichten enthält ein Werkchen von Cammert[56]); beigegeben sind ein alphabetisches Verzeichnis der Justizbehörden im deutschen Reich, sowie Formulare und Sachregister.

37 b. Das Gefangenentransportwesen hat für Württemberg eine gründliche Bearbeitung durch Köhler erfahren.[57]) Der Verf. bietet einen Auszug aus dem Verwaltungsedikt vom 1. März 1822; das Gesetz, die Kosten der Gefangenentransporte betreffend, vom 26. Mai 1824; einen Auszug aus der Verfügung des Justizministeriums betreffend die Gerichtskosten in Strafsachen vom 31. Dezember 1902; die Gefangenentransportordnung (Verfügung der Ministerien der Justiz und des Innern) vom 21. März 1903 sowie die dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen — alle diese Bestimmungen begleitet von ausführlichen Erläuterungen. In einer Einleitung schildert der Verf. den Rechtszustand vor der Neuregelung von 1903 und skizziert in Kürze die wesentlichen Punkte der Neuordnung: Teilung des Transportwesens, je nachdem, ob es sich um gerichtliche oder polizeiliche Gefangene handelt; in Ansehung der ersteren Kategorie von Gefangenen Ausschaltung der Verwaltungsbehörden; Tendenz der Vereinfachung und Verbilligung des Transportwesens; Gestattung ausgedehnter Benutzung der Eisenbahn zu den Transporten; sorgfältige Regelung der Zulässigkeit einer Fesselung der Gefangenen auf dem Transport.

37 c. In 8. Auflage liegt das schätzbare Werk von Pfafferoth über das Gerichtskostenrecht vor[58]), umfassend Kommentare zum G.K.G., zur Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher und zur Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige. In einer neuen Auflage könnten vielleicht folgende Wünsche berücksichtigt werden:

---

[56]) Franz Cammert, Staatsanwaltschafts-Obersekretär, die kriminalistischen Zählkarten und Strafnachrichten, 4. Aufl. Selbstverlag des Verf. (Nordhausen a. Harz) v. J. (Buchdruckerei Zickfeldt in Osterwieck a. Harz).

[57]) Ludwig Köhler, Das Gefangenentransportwesen in Württemberg, 1. Lieferung. Stuttgart, Kohlhammer, 1903; 322 Seiten.

[58]) Karl Pfafferoth, Das deutsche Gerichtskostenwesen, 8. Aufl., Berlin, Heymann, 1903.

Bei Verwerfung des Antrags auf ein Klageprüfungsverfahren (St.P.O. 172) will Pfafferoth den Gebührensatz des § 69 G.K.G. nur in einmaligem Betrage angesetzt wissen, auch wenn der Beschuldigte oder der Antragsteller mehrere waren. (Bem. 2 zu § 69); ebenso soll bei Einstellung eines Staatsklageverfahrens wegen Zurücknahme des erforderlichen Strafantrags die Gebühr des § 69 Abs. 3, Satz 3, nur einmal erhoben werden, auch wenn es sich um mehrere Beschuldigte handelt, die gegen einander Strafantrag gestellt hatten. Dies ist jedoch nicht unzweifelhaft. Die Einheit oder Mehrheit eines Gebührenansatzes bestimmt sich — arg. § 498 St.P.O. — grundsätzlich nicht nach der Einheit oder Mehrheit der Verfahren, sondern nach der Einheit oder Mehrheit der Straffachen. Werden in einem Verfahren mehrere Straffachen erledigt, so muß deshalb prinzipiell mehrfacher Gebührenansatz erfolgen. Von diesem Satze macht allerdings das G.K.G. verschiedene Ausnahmen; aber wo solche nicht deutlich vorgeschrieben sind, — und dies gilt für § 69 G.K.G. —, wird es bei der Regel sein Bewenden haben müssen. Somit werden die Gebührensätze des § 69 allerdings dann nur einmal anzusetzen sein, wenn mehrere Antragsteller aus St.P.O. § 170 ein Klageprüfungsverfahren gegen einen Beschuldigten gemeinschaftlich betrieben haben; handelt es sich aber um mehrere Beschuldigte, so wird, da alsdann eben eine Verbindung mehrerer Straffachen vorliegt, die Gebühr sowohl ex § 69, Abs. 1, wie ex § 69 Abs. 3, Satz 3, so viel Male anzusetzen sein, als Beschuldigte in Frage stehen. Dies erscheint auch um deswillen einleuchtend, weil ja sehr wohl gegen jeden Beschuldigten ein Separatverfahren möglich gewesen wäre, und in diesem Falle eine Gebührenmehrheit zweifellos wäre, die Verbindung aber nur da vereinheitlichende Wirkung haben kann, wo dies ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Zu § 70 G.K.G. setzt der Verf. die vom Reichsgericht vertretene Auffassung als richtig voraus, wonach bei Übernahme eines Privatklageverfahrens durch die Staatsanwaltschaft das Gericht das Verfahren einzustellen hat und der Staatsanwaltschaft die Neuerhebung einer Klage überlassen muß. Allein diese Auffassung ist sehr bestritten und gerade § 70 G.K.G. dürfte, insofern sie in Verbindung mit diesem Paragraphen zur Belastung des Privatklägers mit einer Gebühr, deren sofortige Niederschlagung nach § 6 G.K.G. erforderlich wäre, führen würde, ein gewichtiges Argument gegen ihre Richtigkeit sein. Richtiger Ansicht nach wird jeder Einstellungsbeschluß zu unterbleiben haben und das bisherige Verfahren einfach in den Formen des Staatsklageverfahrens fortzusetzen sein.

Im Falle der Übernahme der Kostenlast durch eine Partei ist zweifelhaft geworden, ob alsdann eine gerichtliche Kostenentscheidung noch zu erfolgen habe, und wenn ja, ob diese sich der Übernahmeerklärung anzupassen oder diese zu ignorieren habe (vergl. Beneckе-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts. § 108 Anm.; Friedenreich, Lehre von den Kosten im Strafprozeß, S. 111). Auf diese

Digitized by Google

Frage könnte bei Bem. 4, Abs. 3, zu § 86 G.K.G. eingegangen werden.

Bei G.K.G. § 59 könnte in Anm. 1, Absatz 2, auf St.P.O. § 499 Abs. 1, bei § 62 auf G.K.G. § 61, Abs. 3, verwiesen werden.

37 d. Einen systematischen Überblick über das Kostenrecht bietet Roos.[59]) Leicht ist der Überblick aus dem Buche freilich nicht zu gewinnen, da es im Wesentlichen nur eine Notizenzusammenstellung ist, die aus der Fülle der Einzelheiten die leitenden Gesichtspunkte nicht klar erkennen läßt, ein Mangel, für den auch das vorangeschickte systematische Inhaltsverzeichnis trotz seiner Ausführlichkeit nicht zu entschädigen vermag. Die Berücksichtigung der Litteratur und der Judikatur ist — laut Vorwort mit Absicht — in der Hauptsache auf eine Heranziehung der erheblichen Entscheidungen des Reichsgerichts beschränkt.

XIII. Militärstrafgerichtsverfassung und Militärstrafprozeß.

38. Die Herzsche Ausgabe der M.St.G.O. ist in zweiter und dritter Auflage erschienen[60]). Die zweite Auflage (461 S.) ist gegenüber der ersten bereichert durch einen Anhang, enthaltend die Ausführungsbestimmungen für die Marine, den die Marine-Gerichtsherrlichkeit regelnden Allerh. Befehl vom 28. Mai 1900, sowie das Gesetz, betreffend die militärische Strafrechtspflege im Kiautschou-Gebiet. Die Ausführungsbestimmungen für Heer und Marine sind überdies bei den einzelnen Paragraphen der M.St.G.O. vermerkt. Ferner findet sich bei den einzelnen Paragraphen ein Hinweis auf das jeweilig in Betracht kommende amtliche Formular. Gewonnen hat das Werkchen auch durch stärkeres Papier und größeren Druck. Sein Umfang ist daher wesentlich gewachsen.

In dritter Auflage ist das Buch auf 654 Seiten angewachsen, dabei aber äußerlich in gleichem Umfang verblieben, da das Papier wieder dünner geworden ist. Die inhaltliche Bereicherung bezieht sich namentlich auf Berücksichtigung der reichsmilitärgerichtlichen Judikatur. Der Anhang umfaßt jetzt außer den bisherigen Vorschriften die Verordnung, betreffend das strafgerichtliche Verfahren gegen Militärpersonen der kaiserlichen Schutztruppen vom 18. Juli 1900 mit Ausführungsbestimmungen vom 23. Juli 1900; die Geschäftsordnung des Reichsmilitärgerichts; sowie die kriegsministerielle Verfügung vom 18. November 1901 zu § 144 M.St.G.O.

39. Als zweite Abteilung des 24. Bandes der Manzschen Taschenausgabe österreichischer Gesetze ist die österreichische Militärstrafprozeßordnung von 1884 erschienen (herausgegeben von

---

[59]) Karl Roos, Die Gerichtskostengesetze, nach dem Tode des Verf. herausgegeben von Otto Kern. Karlsruhe, Lang. 1901. 422 Seiten.

[60]) Berlin, Guttentag, 1900 beziehungsweise 1902.

Lelewer)[61]). Die Ausgabe bietet den Text des Gesetzes und der dazu gehörigen gesetzlichen Bestimmungen samt ergänzenden und erläuternden Reglements, Erlassen, Entscheidungen usw. Mehrere alphabetische und ein chronologisches Register sind beigegeben.

40. Unter dem Titel „Lehrbuch der Deutschen Militärstrafgerichtsordnung für Armee und Marine" bietet Steidle einen Abriß des Inhalts der M.St.G.O. „in besonderer Rücksicht auf Gerichtsherrn, Richteroffiziere und Gerichtsoffiziere"[62]). Das Vorwort betont, daß das Buch kein Lehrbuch für Juristen sein, sondern nur „bescheidene Beiträge zur Einführung in die M.St.G.O." beibringen wolle. Demgemäß ist das Buch im wesentlichen eine Paraphrase des Gesetzes, folgt auch systematisch fast ganz dem Aufbau des Gesetzes, wird aber seinem selbstgesetzten Zwecke gerecht. Den Beschluß bildet ein „Zukunftsausblick", aus dem hervorgehoben sein mag, daß Verf., was beachtenswert, für Ersetzung des einen der Offiziere im Standgericht durch einen Militärjuristen eintritt. Ein sehr eingehendes Sachregister ist beigegeben.

41. Für den Gebrauch des Offiziers stellt Ph. O. Mayer den Inhalt der M.St.G.O. nebst E.G. und zugehörigen Verordnungen dar[63]). Das Werkchen ist wohlgeeignet für seinen Zweck. Das hohe Lob freilich, das der Verf. auf S. III der M.St.G.O. erteilt, — sie stehe wissenschaftlich auf der Höhe der Zeit und bedeute sogar im Vergleich mit unserem bürgerlichen Strafprozeß einen großen Fortschritt — bedarf einigermaßen der Einschränkung.

Zu S. 139 mag bemerkt sein, daß der Passus: „Der Eid im Ermittelungsverfahren gelte auch für die Hauptverhandlung" mißverstanden werden kann. Verf. will ausweislich des Vorangegangenen nur — zutreffend — sagen, daß das Gericht dem Zeugen anstatt des Eides eine bloße Versicherung unter Berufung auf den im Ermittelungsverfahren geleisteten Eid abverlangen kann, dann aber wäre es ratsam, das Verbum „gelten" (der Eid gilt . . .) zu ändern. — Sehr gewagt ist auf S. 161 die Behauptung, der „Antrag auf gerichtliche Entscheidung" (Antrag auf Klageprüfungsverfahren) sei seinem Wesen nach eine „Rechtsbeschwerde". — Der Vorschlag auf S. 203: von mehreren Angeklagten den zuerst zu vernehmen, „dessen Angaben am meisten der Wahrheit entsprechen", muß, wenigstens in dieser Form, Verwunderung erregen; wie kann ein Richter sich schon vor der Beweisaufnahme eine Meinung darüber bilden, welches die „Wahrheit" sei! — Auf S. 204, 206 tritt das Prinzip, nach dem sich die Zulässigkeit der Benutzung von Urkunden bemißt, nicht ganz klar hervor; namentlich wird der Katalog der verlesbaren Urkunden auf S. 206 (trotz S. 204) leicht zu dem Glauben verleiten, außer den

---

[61]) Wien, Manz, 1901.
[62]) Leipzig, Böhme, 1901.
[63]) Ph. O. Mayer, Die M.St.P.O. für den Gebrauch des Offiziers. München, Haushalter, 1900.

dort aufgeführten Urkunden könnten andre nicht verlesen werden. — Unhaltbar ist die Abgrenzung zwischen Freisprechung und Einstellung auf S. 207. — In den Beispielen für Idealkonkurrenz S. 270 ist wohl die Gesetzeskonkurrenz nicht von der Idealkonkurrenz geschieden.

42. Eine Reihe von grundlegenden Bestimmungen der M.St.G.O. sind von dem Verf. dieses Berichts tabellarisch zusammengestellt worden[64]). Tab. 1 bietet die Einteilung der gerichtsunterstellten Personen, Tab. 2 eine Übersicht der Militärstrafsachen, Tab. 3 die Beendigungsgründe der Militärgerichtsbarkeit, Tab. 4 die Zuständigkeit der Gerichtsherren, Tab. 5 die Strafsachen der niedern und die der höhern Gerichtsbarkeit, Tab. 6 die Zusammensetzung der erkennenden Gerichte, Tab. 7 eine Beschwerdetabelle.

43. Über das neue französische Militärjustizgesetz berichtet Stavenhagen im Gerichtssaal[65]). Er hebt insbesondere hervor, daß auch dieses Gesetzeswerk den Gerichtsherrn kennt, und daß auch hier inaktive Offiziere von der Militärrechtsprechung ausgeschlossen sind.

44. In seinen „Militärrechtlichen Erörterungen"[66]) bespricht Weissenbach an erster Stelle die Stellung des Gerichtsherrn im Militärstrafverfahren. Seine Darlegungen gelten einer Rechtfertigung der Beibehaltung des Gerichtsherrn. Aus der Verantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers für die Mannszucht ergebe sich seine enge Beziehung zur Strafrechtspflege. Rechtsprechung und Disziplin seien keine Gegensätze, sondern ergänzten einander. Das militärische Strafverfahren habe seine besondere Rechtfertigung darin, daß das bürgerliche Strafverfahren den besondern militärischen Verhältnissen, das sei den Forderungen der Disziplin, nicht genügend Rechnung trage. Eine Kollision zwischen Disziplin und Gerechtigkeit gebe es nicht, Ungerechtigkeit würde die Disziplin untergraben. Jede strafbare Handlung des Soldaten sei ein Zeichen mangelnder Unterordnung. Eben darum sei der Gerichtsherr berufen, sie zu rügen. Indem der Verf. sodann die Grenzen der Machtbefugnisse des Gerichtsherrn (Ständigkeit der Gerichte usw.) aufzeigt, zieht er das Fazit, daß man von einer Allgewalt des Gerichtsherrn nicht reden könne, und daß insbesondere die Rechtsprechung selber seiner Sphäre ganz entrückt sei.

Die zweite Abhandlung derselben Schrift skizziert die Stellung der richterlichen Militärjustizbeamten; dabei wird gelegentlich darauf hingewiesen, daß die im Gesetz getroffene Scheidung zwischen Vorsitz und Verhandlungsführung nicht überall sachgemäß durchgeführt sei.

Es folgt eine Darstellung der Lehre von den ordentlichen Rechtsmitteln im Militärstrafprozeß. Hervorgehoben seien aus

---

[64]) Beling, Tabellen zur R.M.St.G.O., Berlin, Häring, 1902. 36 S.
[65]) Bd. LX S. 462.
[66]) Berlin, Mittler & Sohn, 1902.

diesem Abschnitt folgende Sätze, die der Verf. verficht: Insoweit die Rechtsbeschwerde an „den höhern Gerichtsherrn“ gehe, sei da, wo ein solcher fehle, Rechtsbeschwerde ausgeschlossen; ebenso gebe es keine Rechtsbeschwerde gegen Ordnungsstraffestsetzungen des Oberkriegsgerichts nach § 290 M.St.G.O. Der für den Verteidiger erforderliche Auftrag zur Rechtsmitteleinlegung könne erst nach ergangener Entscheidung, aber formlos, erteilt werden. Zur Entgegennahme einer Rechtsmitteleinlegung des Angeklagten sei im Falle des § 262 M.St.G.O. sowohl der Gerichtsherr, der einen andern Gerichtsherrn um Berufung des erkennenden Gerichts ersucht habe, als auch dieser ersuchte Gerichtsherr legitimiert. Rechtsmittel der Personen, die weder der Gerichtsherr noch der Beschuldigte seien, könnten rechtsgültig sowohl bei der Stelle, deren Entscheidung angefochten werde, wie bei der zur Entscheidung über die Beschwerde berufenen Stelle angebracht werden.

Der letzte Aufsatz des Schriftchens spricht über militärische Verbrechen und Vergehen und verfolgt den Nachweis, daß die in M.St.G.B. §§ 136, 138, 145 unter Strafe gestellten Delikte, auch insoweit hier auf die Strafdrohungen der allgemeinen Strafgesetze Bezug genommen wird, militärische Delikte seien, sowie daß die in § 18 E.M.St.G.O. pönalisierten Taten, soweit Täter eine Person des Soldatenstandes ist, gleichfalls den militärischen Delikten zuzuzählen seien.

45. Die Zuständigkeit der militärischen Gerichte in der Schweiz stellt A. Schneider dar[67]). Er geht davon aus, daß die Militärgerichtsbarkeit eine Besonderheit, im Zweifel also gegen sie zu entscheiden sei, daß aber auf der andern Seite nicht etwa die Militärgerichte Ausnahmegerichte und als solche unzulässig seien; denn Ausnahmegerichte seien nicht ständige Behörden, sondern nur ad hoc eingesetzte Gerichte. Sodann geht der Verf. die Zuständigkeitsbestimmungen der schweizerischen M.St.G.O. von 1889 im Zusammenhalt mit dem früheren Recht (M.St.G.O. von 1851) durch. Im allgemeinen unterstehe der schweizerische Wehrmann der militärischen Gerichtsbarkeit von dem Augenblick an, in dem er die Uniform anziehe, bis zu dem Moment, in dem er sie wieder ausziehe. Mit Bezug auf seine militärischen Pflichten sei er aber auch vorher und nachher dieser Gerichtsbarkeit unterstellt.

46. Dem Grenzgebiet, in dem sich bürgerliche und militärische Strafgerichtsbarkeit begegnen, ist gewidmet das Buch von Weigel über „Die Zuständigkeitsgrenzen zwischen Militär- und Zivilgerichtsbarkeit im Deutschen Reiche“[68]). Es zerfällt in folgende Rubriken: I. Heeresdienst. II. Militärische und gemeinrechtliche Delikte. III. Einzelne verwandte militärische und gemeinrechtliche Delikte. IV. Zuständigkeitsgrenzen nach der M.St.G.O. V. Zuständigkeit nach dem E.M.St.G.O. VI. Gerichtsstand der Mitglieder

[67]) Beilage zur Allgem. Schweizerischen Militärzeitung 1901. Heft 2. Basel, Schwabe, 1901.

[68]) München, Beck, 1902.

der Landgendarmeriekorps. VII. Kompetenzkonkurrenz, Kompetenzbindung. VIII. Rechtshilfe: Allgemeines. IX. Rechtshilfe: Einzelnes. X. Gegenseitige Benachrichtigung in Strafsachen. XI. Nachverfahren wegen Ehrenstrafen. XII. Strafvollzug. XIII. Vorläufige Entlassung. XIV. Begnadigung, Strafaufschub, Strafunterbrechung. XV. Kosten. XVI. Kriegszustand, Belagerungszustand, Standrecht. XVII. Reichsgesetz, betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit usw. in Heer und Marine vom 28. Mai 1901. Innerhalb einer jeden dieser Rubriken sind die einschlägigen Gesetzesparagraphen aus dem Kriegsdienstgesetz, dem R.M.G., dem M.St.G.B., der M.St.G.O. usw. abgedruckt und kommentarmäßig erläutert. Das Werk ist also gewissermaßen eine Zusammenstellung von Kommentarfragmenten (wobei aus der M.St.G.O. z. B. §§ 1—11, 141—145, 185, 186, 202—205, 208, 213, 289 bis 291 usw. in Betracht kommen). Ungeachtet dieser sehr eigentümlichen Anlage ist das Buch zweifellos wegen seines reichen Inhalts praktisch wertvoll, enthält auch des öfteren wissenschaftlich beachtenswerte Ausführungen.

47. Hilse fragt in Goltdammers Archiv[69]), ob die Strafen aus § 176 des Invalidenversicherungsgesetzes vom $\frac{13.}{19.}$ Juli 1899 auch gegen Militärpersonen von dem Vorstande der Versicherungsanstalt usw., sowie diejenigen aus § 179 daselbst von dem Amtsrichter (Strafbefehl) oder Schöffengericht festzusetzen seien, oder ob bezüglich ihrer Militärgerichtsbarkeit Platz greife. Er antwortet, daß die genannten Paragraphen „Polizeigesetze" im Sinne des § 2 M.St.G.O. seien, somit Militärgerichtsbarkeit nicht statthabe.

48. Rosenberger tritt im Gerichtssaal[70]) der Auffassung des Reichsmilitärgerichts entgegen, wonach § 7 Abs. 2 M.St.G.O. nur den Sinn habe, daß der Gerichtsherr auf Grund eines bürgerlichgerichtlichen Eröffnungsbeschlusses die Anklage zu verfügen habe. Er versicht demgegenüber die Meinung, daß der bürgerlichgerichtliche Eröffnungsbeschluß die Stelle der gerichtsherrlichen Anklage vertrete und dem Gerichtsherrn nur obliege, zu verfügen, daß nunmehr in der Sache militärgerichtlich erkannt werde. Das ergebe sich namentlich aus der Erwägung, daß der Gerichtsherr möglicherweise die volle Unschuld des Beschuldigten im Ermittelungsverfahren festgestellt haben könne, und ihm nicht zugemutet werden könne, eine Anklageverfügung zu erlassen, in der er den Beschuldigten als „hinreichend verdächtig" bezeichne.

49. Die entgegengesetzte Meinung vertritt Fielitz in derselben Zeitschrift[71]). Daß trotz des bürgerlichgerichtlichen Eröffnungsbeschlusses eine gerichtsherrliche Anklageverfügung notwendig sei, ergebe sich insbesondere daraus, daß jener Eröffnungsbeschluß in den §§ 258, 297,

[69]) Bd. XLIX S. 259.
[70]) Bd. LXII S. 446.
[71]) Gerichtssaal Bd. LXIII S. 61.

317 nicht erwähnt sei. In eine unwürdige Stellung gerate der Gerichtsherr dadurch nicht, denn auch in einem unter § 7 Abs. 2 zu subsumierenden Falle bestehe die Möglichkeit für den Gerichtsherrn, von § 272 M.St.G.O. Gebrauch zu machen, eventuell also das Verfahren einzustellen.

50. Für § 159 der M.St.G.O. ist die Kontroverse entstanden, ob „Untersuchungsführer" nur der mit der Führung des Ermittelungsverfahrens beauftragte Kriegsgerichtsrat oder auch der im gleichen Falle befindliche Gerichtsoffizier sei. Von ihrer Entscheidung hängt namentlich ab, ob der Gerichtsoffizier auch richterliche Untersuchungshandlungen, besonders Vereidigungen vorzunehmen befugt ist. Stenglein hat in seinem Kommentar zur Militär-Strafgerichts-Ordnung, letzteres verneinend, die Bezeichnung „Untersuchungsführer" nur auf den Kriegsgerichtsrat bezogen. Hiergegen wendet sich Brückmann im Gerichtssaal[72]). Er weist darauf hin, daß bei Zugrundelegung der Stengleinschen Ansicht das Gesetz den Gerichtsoffizier ohne jede Vorschrift gelassen hätte, das Verfahren also ganz in seine Willkür gestellt sein würde, was angesichts des Mangels juristischer Schulung sehr auffallend sein würde. Wenn Stenglein das deutsche Rechtsbewußtsein, das nur dem Richter das Recht der Beurkundung gebe, als Argument anrufe, so verfange dieses der Militär-Strafgerichts-Ordnung gegenüber nicht, denn letztere habe dem militärischen Element eine Wirksamkeit verliehen, die sich in der Regel in keiner Beziehung für das ihm zugemessene Gebiet von der des juristischen Elements unterscheide. Gegen Stenglein spreche die ganz folgerichtige Terminologie des Gesetzes; nirgends finde sich die Wendung „der Untersuchungsführer oder Gerichtsoffizier", immer sei nur von dem „Untersuchungsführer" die Rede, umgekehrt seien die Gerichtsoffiziere den Kriegsgerichtsräten, sowie den richterlichen Militärjustizbeamten gleichwertig an die Seite gestellt, § 10 E.-G. z. M.St.G.O. spreche sogar direkt von „untersuchungführenden Gerichtsoffizieren". Wichtiger noch sei, daß zahlreiche Gesetzesbestimmungen — §§ 162, 163, 168, 167; 243, 237, 172, 180, 238 —, wenn sie vom „Untersuchungsführer" sprächen, gar nicht anders gedeutet werden könnten, als daß auch der Gerichtsoffizier darunter zu verstehen sei. Gewisse bedeutsame richterliche Befugnisse würden dem Gerichtsoffizier ausdrücklich durch §§ 270, 305 zugewiesen. Endlich gewähre § 102 dem Gerichtsoffizier das „Recht auf Richtertum", das Recht der freien richterlichen Überzeugung.

51. Stenglein entgegnet in derselben Zeitschrift[73]) auf diese Ausführungen folgendes:

Die Redaktion der Militär-Strafgerichts-Ordnung sei, wie dies bei der modernen Art, Gesetze zu machen, überhaupt der Fall sei, keine sorgfältige, zumal das Gesetz deutlich seine Kompromißnatur verrate.

[72]) Bd. XL, S. 113.
[73]) G.-S. Bd. LX S. 132.

Die Schlüsse aus der Fassung des Gesetzes seien deshalb nicht beweiskräftig. Etliche Paragraphen sprächen überdies für seine Auffassung, so §§ 122[4], 130. Wen habe ferner das Gesetz im § 237 Abs. 4 unter den „andern Personen" verstanden, wenn nicht den Gerichtsoffizier? Und wenn in § 172 das Gesetz die Anordnung einer Vorführung ohne vorgängige Ladung dem Gerichtsherrn, bei Gefahr im Verzuge dem Untersuchungsführer zuweise, so erkläre sich die Weglassung des Gerichtsoffiziers daraus, daß sich in Sachen der niederen Gerichtsbarkeit Gefahr im Verzuge nicht konstruieren lasse, und daraus, daß das Gesetz eben diese Anordnung dem Gerichtsoffizier überhaupt nicht habe überlassen wollen, sondern in den Sachen der niederen Gerichtsbarkeit nur dem Gerichtsherrn. Eine Lücke entstehe durch die Ausschließung der Gerichtsoffiziere aus der Kategorie der Untersuchungsführer nicht. Vielmehr habe im Gegensatz zu dem Kriegsgerichtsrat-Untersuchungsführer, der untersuchungsrichterliche Stellung habe, der Gerichtsoffizier rein staatsanwaltschaftliche Funktionen unter Hinzutritt nur derjenigen richterlichen Funktionen, die ihm besonders übertragen seien, wie z. B. in § 270.

Gegenüber der schlagenden Beweisführung Brückmanns kann diesen Deduktionen nicht beigetreten werden. Sehr berechtigt ist es dagegen, wenn Stenglein es de lege ferenda nicht billigen will, daß der Gerichtsoffizier mit richterlicher Gewalt ausgestattet ist. Mit Fug warnt Stenglein auch vor einer Unterordnung der Rechtspflege unter die Disziplin und erhebt Protest gegen die beispiellose unerhörte Auffassung der Kreuzzeitung, daß es besser sei, wenn ein Unschuldiger hingerichtet werde, als wenn ein Mord, wie der v. Krosigksche, ungesühnt bleibe. Gegen die Institution des Gerichtsherr führt er zahlreiche wohlbegründete Bedenken an. Zum Schluß verficht er die Forderung größerer Unabhängigkeit der Militärrichter, die sich insonderheit durch Heranziehung inaktiver Offiziere werde erzielen lassen.

25.

Zur Strafprozeßreform.

Von Prof. Dr. Ernst Beling, Tübingen.

Je mehr die Reform des Strafprozesses aus dem Bereiche rein akademischer Erörterungen heraus in greifbare Nähe tritt, umsomehr macht sich das Bedürfnis nach einer zusammenfassenden periodischen Information über die in dieser Hinsicht vor die Öffentlichkeit getretenen Anregungen und Wünsche geltend. Diesem Bedürfnis will die „Zeitschrift" fortan in der Weise genügen, daß fortlaufend über die literarischen Erscheinungen, die diese Reform zum Gegenstand haben, über die in den Parlamenten und sonstigen öffentlichen Körperschaften erörterten Reformfragen, sowie über die sonst hervorgetretenen Mängel oder angeblichen Mängel des geltenden Strafprozeßrechts berichtet wird.

Der Bericht, dessen erstes Stück im Nachfolgenden geboten wird, setzt ungefähr mit Ausgang des Jahres 1903 ein. Hinsichtlich der einschlägigen Literaturäußerungen aus früherer Zeit darf hier auf die Literaturberichte über Strafprozeß in dieser Zeitschrift verwiesen werden[1]).

Eine Ausdehnung der Berichterstattung auf die Beratungen der Reichs-Strafprozeßkommission wäre erwünscht gewesen, ist aber unmöglich, da — leider — die Ergebnisse dieser Beratungen bislang nicht bekannt gegeben worden sind[2]).

I.

1. In dieser Zeitschrift äußert sich Auerbach zu zahlreichen Punkten des der Reichstagskommission vorgelegten Reformprogramms[3]).

[1]) Vgl. aus vorliegendem Bande: S. 295 (Stenglein), vergl. auch denselben D. J.-Ztg. VIII, 10; 308 (Samter), 309, 429 (Unger); 440 (Zucker); 442 (Groß).

[2]) Vgl. dazu D. J.-Ztg. IX 144; 539.

[3]) Bd. XXIV S. 169.

1a. Olshausen legt in der Deutschen Juristenzeitung[4]) anschaulich an der Hand der Geschäftsstatistik dar, daß die Strafsenate des Reichsgerichts hinsichtlich der Revisionssachen stark überlastet sind. Während 1882 im Durchschnitt auf jeden Richter in den Strafsenaten $6^1/_2$ Sitzungstage mit $12^1/_2$ Urteilen entfallen seien, stelle sich der Durchschnitt für 1902 auf reichlich 7 Sitzungen mit fast 18 Urteilen. Ende 1902 seien 1325 Sachen unerledigt übrig geblieben; da die Grenze der Leistungsfähigkeit der Mitglieder erreicht sei, werde Ende 1903 ein Rest von 1800, 1906 ein solcher von 3000 überjährigen Sachen vorhanden sein, wobei die Steigerung der Kriminalität und das Anwachsen der Geschäftslast noch unberücksichtigt gelassen sei. Schon jetzt beanspruche die Aufarbeitung der Reste allein zirka 4 Monate, sodaß in den anfangs des Jahres neu eingehenden Sachen erst Anfang Mai die Hauptverhandlung stattfinden könne. Abhilfe sei dringend geboten.

Eine Vermehrung der Zahl der an einem Sitzungstage zu verhandelnden Sachen über 15 hinaus sei unmöglich, ebenso eine Vermehrung der Sitzungstage. Eine Vermehrung des Richterpersonals, sei es Vermehrung der Räte in den Senaten, sei es Vermehrung der Senate selber, sei nicht wünschenswert, weil nicht nur damit der Rechtsprechungszersplitterung Vorschub geleistet werde, sondern auch Besetzungsschwierigkeiten entständen, und überdies die Schaffung eines neuen Strafsenats auch die gleichzeitige Schaffung von mindestens zwei neuen Zivilsenaten notwendig machen würde. Wohl aber könne durch eine gar nicht einmal tiefeingreifende Änderung des G.V.G. in der Weise Abhilfe geschaffen werden, daß (in näher ausgeführter Weise) die Zahl der zur ursprünglichen Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Strafsachen und der vom Landgericht überweisbaren Strafsachen vermehrt würde. Diese Reform sei, weil ein dringender Notstand vorliege, durch Spezialgesetz schon vor der Gesamtreform des Strafprozesses herbeizuführen.

Dem Vorschlage dürften nennenswerte Bedenken nicht entgegenstehen.

2. Gegen den Olshausenschen Vorschlag erhebt Bleichrodt[5]) hinsichtlich der Beleidigungen nach §§ 185, 186 St.G.B., die zu den Delikten gehören, für die Olshausen die schöffengerichtliche Zuständigkeit proponiert, das Bedenken, daß diese Delikte in der Hand der Amtsanwälte, soweit diese nicht Richteramtsfähigkeit haben, schlecht aufgehoben seien. Das mag zutreffen, führt aber vielmehr — wie Bleichrodt selbst auch andeutet — nur zu dem Postulat einer anderweitigen Regelung der Personalfrage hinsichtlich der Amtsanwälte, und bricht dem Olshausenschen Vorschlage nicht die Spitze ab.

Zutreffend bemerkt der Verf. noch, daß bei Zuweisung der Beleidigungen an die Schöffengerichte letztere zur Verhängung einer

---

[4]) Bd. VIII S. 481, 505.
[5]) Deutsche Jur.-Ztg Bd. IX S. 111.

Buße bis 6000 Mk. zuständig werden würden, und deshalb das Inaussichtstehen einer Buße von mehr als 600 Mk. fortan nicht mehr als Hinderungsgrund gegen die Überweisung einer Strafsache an die Schöffengerichte (G.V.G. § 75 Abs. 1 a. E.) beizubehalten wäre.

3. Von seiten der „Frauenrechtlerinnen" ist die Forderung erhoben worden, daß weibliche Schöffen und weibliche Geschworene zur Rechtsprechung herangezogen worden sollten; und zwar bei Strafsachen, die ausschließlich die Frauenwelt beträfen, wie z. B. Kindesmord, Abtreibung, unter Ausschluß männlicher Laienrichter; bei Strafsachen sexueller Art, die die Männer- und die Frauenwelt beträfen, so, daß das laienrichterliche Element je zur Hälfte aus Männern und Frauen bestünde. Schon auf Grund des geltenden Rechts sei solche Heranziehung von Frauen zum Gerichtsdienst zulässig und nur tatsächlich nicht in Übung. Die Änderung dieser Praxis sei aber einfach eine Forderung der Billigkeit.

Dieser Auffassung entgegenzukommen, wird schwerlich irgendwelche Geneigtheit obwalten. Daß das geltende Recht Männer als Richter voraussetzt, kann mit Grund nicht bestritten werden (vgl. z. B. St.P.O. 22[2], wo neben dem Richter, der „Ehemann" der beschuldigten Person ist, auch der Richter, der „Ehefrau" des Beschuldigten ist, genannt sein müßte, wenn überhaupt an eine Frau als Richter gedacht wäre). Und dabei möge es bleiben! Die Gefahr, daß statt Handhabung des positiven Rechts Gefühlsjurisprudenz getrieben würde, würde bei weiblichen Richtern ins Ungeheuere wachsen!

3a. Zwei Abhandlungen von Lelewer im Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik[6]) zeigen an der Hand der Statistik für Österreich, daß bei den Schwurgerichten eine überaus große Zahl von ungerechtfertigten Freisprechungen zu verzeichnen, die Tätigkeit der Schwurgerichte mithin eine „minderwertige, unzulängliche und unheilvolle" ist. Demnach gehört, wie Verf. sehr richtig sagt, „der Kampf gegen das Geschworenengericht zu den Hauptaufgaben des Kriminalisten".

4. Über die Reform des Rechts der Verteidigung handelt Mamroth in der Deutschen Juristenzeitung[7]). Er wünscht zunächst gesetzliche Klarstellung des Rechts des Beschuldigten, sich auch im Vorverfahren und in den Rechtsmittelinstanzen des Beistands mehrerer Verteidiger zu bedienen, was im geltenden Recht angesichts des Wortlauts der §§ 137, 226 St.P.O. zweifelhaft sein kann. Es solle ferner vorgesehen werden, daß Bescheide auf Anträge des Verteidigers diesem, nicht dem Beschuldigten, zugestellt würden; Verf. sieht — weitergehend — auch dagegen kein Bedenken, daß alle Zustellungen statt an den Beschuldigten an den Verteidiger bewirkt würden. Die Revisionsrechtfertigungsfrist des § 385 St.P.O. bedürfe der Verlängerung, etwa auf zwei Wochen. Eine Verkürzung der Verteidigung

[6]) Bd. XII Heft 1, Bd. XIV Heft 1 2.
[7]) Bd. VIII S. 307.

bei Einführung der Berufung sei nicht gerechtfertigt. Die notwendige Verteidigung bedürfe der Erweiterung zwar nicht in Ansehung der Fälle, in denen sie einzutreten habe, wohl aber in folgenden Beziehungen: In den Fällen der unbedingt notwendigen Verteidigung (St.P.O. § 140 Abs. 1, Abs. 2 [1]) habe die Bestellung spätestens im Zeitpunkt des § 140 Abs. 3, jedenfalls aber schon bei Erlaß eines Haftbefehls oder Eröffnung einer Voruntersuchung zu erfolgen. In den Fällen der bedingt notwendigen Verteidigung (St.P.O. § 140 Abs. 2 [2]) und der fakultativen Bestellung eines Verteidigers (St.P.O. § 141) müsse der Beschuldigte und im Falle des § 140 Abs. 2 [2] auch sein gesetzlicher Vertreter bei Erlaß eines Haftbefehls oder Eröffnung der Untersuchung (spätestens aber — wird im Sinne des Vers. zu ergänzen sein — im Zeitpunkt des § 140 Abs. 3 St.P.O.) auf das Recht, den Antrag auf Bestellung eines Verteidigers zu stellen, hingewiesen werden. In Schwurgerichts- und erstinstanzlichen Reichsgerichtssachen dürfe das Gesetz nur Bestellung von Rechtsanwälten zu Verteidigern gestatten. Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht sei dahin zu erweitern, daß gerichtliche wie staatsanwaltliche Akten, und zwar beide nicht bloß auf der Gerichtsschreiberei, sondern auch in den staatsanwaltschaftlichen Sekretariaten eingesehen werden können; daß im Vorverfahren nicht die Akteneinsicht „insoweit zu gestatten sei, als dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks geschehen könne", sondern „insoweit zu verweigern sei, als eine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu besorgen sei" (also Umkehrung der Regel zur Ausnahme), und daß die Verweigerungsgründe aktenkundig zu machen seien. Für den Verkehr des Verteidigers mit dem verhafteten Beschuldigten sei St.P.O. § 148 Abs. 3, gegen den sich schon Gneist gewandt habe, zu streichen.

Referent schließt sich diesen Postulaten mit zwei Vorbehalten an. Einmal läßt sich die von Mamroth proponierte Bestimmung, daß auch solche Zustellungen, die nicht einen Bescheid auf einen Antrag des Verteidigers zum Gegenstand haben, an den Verteidiger statt an den Beschuldigten erfolgen sollen, nicht gutheißen. Denn eine solche Bestimmung würde einen Bruch mit dem Prinzip des Strafprozesses bedeuten, daß der Beschuldigte voll prozeßfähig ist; er würde dann eben für die Empfangnahme von Zustellungen prozeßunfähig sein. Und praktisch läge darin die große Gefahr, daß möglicherweise der Beschuldigte nicht rechtzeitig über die ihn interessierenden Vorgänge informiert würde, sondern ganz in die Hand seines Verteidigers gegeben wäre, was unter Umständen geradezu zur Einbuße von Rechtsmitteln und dgl. führen könnte. — Sodann möchte der § 148 Abs. 3 St.P.O. doch wohl insofern auch weiterhin existenzberechtigt sein, als es sich um die Verteidiger ex § 138 Abs. 2 St.P.O. handelt.

5. Der in Greifswald verhandelte Prozeß Teßnow, der mit rechtskräftiger Verurteilung des Angeklagten zum Tode geendet hatte, in dem dann aber die Strafvollstreckung wegen Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten ausgesetzt und die Wiederaufnahme des Ver-

fahrens zugelassen worden ist, hat neues Material für die Forderung geliefert, es solle jeder Angeklagte, auch der scheinbar gesündeste, vor Verurteilung auf eine Zeit lang unter irrenärztliche Beobachtung gestellt werden. Ob die Realisation dieser Forderung wohl im Bereiche der Möglichkeit liegt?

6. In der Deutschen Juristen-Zeitung[8]) entwickelt Rosenfeld die Lehren des Kwilecki-Prozesses für eine Reform des Strafverfahrens. Sie gipfeln nach ihm darin, daß die Voruntersuchung zu beseitigen, der Verteidigung volle Gleichberechtigung mit der Anklage zu gewähren sei, durch Versuche und Proben die Aufnahme- und Merkfähigkeit, die Beobachtungs- und Gedächtnisschärfe der Zeugen zu prüfen; daß die Grenze zwischen Zeugnis und sachverständigem Gutachten schärfer zu ziehen sei; sowie daß die Entscheidung über Beweisanträge der Geschworenenbank in der Weise zu übertragen sei, daß eine Ablehnung nur bei übereinstimmenden Mehrheitsvoten des Gerichtshofs und der Geschworenenbank eintrete. Im übrigen weist der Verf. u. a. noch auf den Widersinn hin, der darin gelegen habe, daß die Angeklagte als „dringend" verdächtig monatelang in Untersuchungshaft gehalten worden sei, obwohl in diesen Monaten noch nicht einmal ein zur Fassung des Eröffnungsbeschlusses „hinreichender" Verdacht vorgelegen habe. Diese Ausführungen des Verf. erscheinen dem Referenten in allen Punkten durchaus zutreffend. Eine Erwiderung von Leuschner in derselben Zeitschrift[9]) bezieht sich nicht auf diese Reformfragen, sondern in der Hauptsache auf die Frage der Korrektheit des im Kwilecki-Prozeß eingeschlagenen Verfahrens, sodaß sich an dieser Stelle ein Eingehen darauf verbietet.

7. Gegen Rosenfeld und speziell gegen die von diesem verfochtene Forderung der Abschaffung der Voruntersuchung erklärt sich Oppler[10]). Er betont, daß die Voruntersuchung doch völlig objektiv, ohne Verkürzung der Entlastungsfrage, geführt werde. Damit ist er völlig im Recht. Aber diese Erwägung vermag nach Auffassung des Referenten die Voruntersuchung nicht zu retten. Denn da, wo das Hauptverfahren auf Grund der Voruntersuchung eröffnet worden ist, ist und bleibt nun einmal das Übergewicht bei dem belastenden Ergebnis der Voruntersuchung mit seiner naheliegenden Präokkupation des erkennenden Gerichts — entgegen dem Grundsatz des heutigen Rechts, daß erst ausschließlich die Hauptverhandlung selber die Urteilsgrundlage sein solle. Wenn dann Oppler fragt, wie das Verfahren ohne Voruntersuchung zu denken sei, so möchte Referent folgende Antwort geben: Die Stoffsammlung liegt dann ausschließlich in der Hand der — mit untersuchungsrichterlicher Machtvollkommenheit ausgerüsteten und selbstverständlich zur strengsten Objektivität verpflichteten — Staatsanwaltschaft; die so erwachsenen Akten bleiben durch-

[8]) Bd. IX S. 38.
[9]) D. Jur.-Ztg. IX 109.
[10]) D. Jur.-Ztg. IX 157.

aus staatsanwaltschaftliche. Die Grundlage für die Vorbereitung des Vorsitzenden und die Sachleitung, insbesondere die Befragung des Angeklagten bildet dann lediglich die Anklageschrift, in der — ähnlich wie im Zivilprozeß — für jede Tatsachenanführung auf die die in der Hauptverhandlung vorzunehmenden Beweiserhebungen Bezug zu nehmen wäre. Damit wäre der eminente Vorteil erzielt, daß dem Angeklagten nicht vorgehalten würde: „der Zeuge N. N. hat doch dies und jenes ausgesagt", also ein fait accompli; sondern: „nach der Anklageschrift soll das und das der Fall sein". — Für irgend welche richterlichen Untersuchungshandlungen würde, abgesehen von den Fällen antezipierter Hauptverhandlungsstücke im Sinn der §§ 222—224 St.P.O., im Vorverfahren kein Raum sein.

8. Das Legalitätsprinzip wünscht Galli[11]) zwar als Prinzip beibehalten, aber durch zahlreichere Ausnahmen, als im geltenden Recht, durchbrochen zu sehen. Es solle nämlich die Strafverfolgung 1. bei Übertretungen, 2. bei Antragsdelikten (mit Ausnahmen), 3. sowie bei den Delikten der §§ 123 Abs. 3, 223a, 241 und bei der mittels Verletzung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangenen Körperverletzung in das durch die Rücksicht auf das öffentliche Interesse geleitete Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt; letztere auch 4. bei Beleidigung des Landesherrn, des Kaisers oder eines Mitgliedes des landesherrlichen Hauses ermächtigt werden, mit Genehmigung der Landesjustizverwaltnng von der Strafverfolgung Abstand zu nehmen.

Das Klageprüfungsverfahren (St.P.O. §§ 170 ff.) sei, und zwar wie bisher im Rahmen des Legalitätsprinzips, beizubehalten. Für die oben 1—3 genannten Opportunitätsfälle sei dem Verletzten die subsidiäre Privatklage zu geben. Das Verfahren auf solche sei den für das Privatklageverfahren nach der St.P.O. geltenden Sätzen zu unterstellen mit folgenden Modifikationen: 1. Die subsidiäre Privatklage dürfe nur binnen einem Monat nach Zustellung des ablehnenden Bescheids der Staatsanwaltschaft; und zwar nur 2. zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder mittels einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift erhoben werden; 3. es müsse Vernehmung des Privatklägers, und zwar im Hauptverfahren zeugeneidliche Vernehmung, zulässig sein; 4. für Rechtsmittel des Privatklägers müsse die Abhängigmachung von einer Sicherheitsleistung nach dem Vorbilde des § 174 St.P.O. zugelassen werden.

9. Eine Erweiterung der in St.P.O. §§ 54, 56[3] liegenden Zeugnis- und Eidesbefreiung wünscht Jacques Stern im Gerichtssaal[12]). Es müsse das Prinzip durchgeführt werden, daß niemand zur Aussage, geschweige denn zum Eide über eigne strafbare Handlungen gezwungen werden dürfe. Deshalb sei einerseits ein Zeugnisweigerungsrecht (über St.P.O. § 54 hinaus) über das Beweisthema:

[11]) D. Jur.-Ztg. VIII 377.
[12]) Bd. LXIII S. 203.

strafbare Handlung des Zeugen auch dann zu statuieren, wenn eine strafrechtliche Verfolgung (z. B. wegen rechtskräftiger Verurteilung, wegen eines Strafausschließungsgrundes) ausgeschlossen sei. Auf der anderen Seite sei in Ausdehnung des § 56[3] St.P.O. ein Eidesverbot auch dann am Platze, wenn die Tat, über die der Zeuge aussage, nicht den Gegenstand der Untersuchung bilde, und ferner auch dann, wenn der Zeuge außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen sei.

Nach Auffassung des Referenten schießen die Vorschläge über das Ziel hinaus. Zunächst darin, daß die Rücksicht auf den Zeugen zu einem Eidesverbot führen soll; ein solches legislatorisches Motiv könnte offenbar vielmehr nur zu einem Eidesweigerungsrecht führen. Sodann ist auch der — vom Verf. unterstellte — Parallelismus zwischen Nichtverpflichtetsein zur Aussage als Beschuldigter einerseits und als Zeuge andererseits über eigne strafbare Handlungen nur insoweit vorhanden, als der Zeuge als potentieller Beschuldigter in Betracht komme, somit keineswegs z. B. hinsichtlich des bereits rechtskräftig Verurteilten. Die Abhandlung läßt auch den Abbruch ungewürdigt, den jede Einschränkung der Zeugnispflicht für die Strafrechtspflege mit sich bringt.

10. Auf Interpellation der nationalliberalen Abgeordneten Dr. Jänecke und Dr. Böttger ist im Reichstage von neuem über die Aufhebung der Zeugnispflicht der Redakteure verhandelt worden. Im Sinne der Aufhebung sprachen sich mit Ausnahme des deutschkonservativen Abgeordneten Himburg die Redner aller Parteien — Dr. Jänecke, Roeren, Kulerski, Dr. Ablaß, v. Gerlach, Dr. Arendt — aus. Gegen den „vorsintflutlichen Zeugniszwang" wurde geltend gemacht die Kulturaufgabe der Presse und in Verbindung damit die Notwendigkeit, Redakteure zu haben, die etwas auf sich hielten und nicht ihr Berufsgeheimnis preisgäben: ein Redakteur, der nicht verschwiegen sei, handle unmoralisch und werde auch von keinem Verleger angenommen werden. Zudem sei der Zeugniszwang ein untaugliches Mittel zu einem unsittlichen Zwecke: er züchte nur Geheimniskrämerei und Hintertreppenreportage, schaffe nur Märtyrer und wirke dadurch viel unheilvoller, als wenn einmal ein Schuldiger straflos ausgehe; bei ehrenhaften Redakteuren versage eben der Zwang. Endlich sei ja auch der verantwortliche Redakteur selber für den Inhalt seines Blattes strafbar. Meinungsverschiedenheiten in den Reihen der Gegner der Zeugnispflicht zeigten sich darüber, ob eine Gleichstellung des Redakteurs mit dem Arzt und dem Geistlichen (St.P.O. § 52) am Platze sei; ob die Regelung durch ein der Gesamtreform des Strafprozesses vorgreifendes Spezialgesetz oder erst in Verbindung mit dieser Gesamtreform erfolgen solle; ob endlich die Aufhebung der Zeugnispflicht durch ein die Beleidigungsstrafen verschärfendes Gesetz kompensiert werden solle.

Der Vertreter der Reichsjustizverwaltung, Staatssekretär Dr. Nieberding, erklärte der Interpellation gegenüber, daß die Regierung sich einer

völligen Aufhebung des Zeugniszwangs gegen Redakteure gegenüber ablehnend verhalte; sie werde aber erwägen, ob etwa Einschränkungen der Zeugnispflicht erfolgen könnten. Besonders dringlich erscheine ihr die Frage aber nicht, da die Zahl der vorgekommenen Fälle von Zeugniszwang gegen Redakteure nicht erheblich sei. Deshalb solle der in Rede stehende Punkt nicht aus dem Rahmen der Gesamtreform des Strafprozesses herausgerissen werden. Übrigens kämen auch die Z.P.O. und die M.St.G.O. in Betracht. Aufzuwerfen sei ferner die Frage, ob die Befreiung der Redakteure vom Zeugnis von den Interpellanten nur für diejenigen Mitteilungen der Presse begehrt werde, die strafrechtlichen Inhalt hätten oder darüber hinaus? ob sie nur bezüglich solcher Mitteilungen begehrt werde, die eine gewisse Tragweite hätten, oder schlechtweg bezüglich aller Mitteilungen?

Den springenden Punkt, auf den es in der Frage ankommt, hat am schärfsten der Abgeordnete Dr. Ablaß dahin formuliert, das Interesse an der Strafrechtspflege stehe nicht so hoch, daß es einen Vertrauensbruch, einen Verstoß gegen Treu und Glauben und damit gegen die Moral, rechtfertige. Referent hat bereits in seiner Abhandlung über die Beweisverbote (Breslau 1903) S. 32 ff. ausgeführt, daß die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechts ein (bedingtes) Beweisverbot enthält; daß Beweisverbote überall da, aber auch nur da am Platze sind, wo ein Interesse dadurch geschützt werden soll, das das staatliche Interesse an exakter Justiz überwiegt; und daß schließlich das Staatsinteresse am Strafprozeß keineswegs eine konstante Größe bildet, sondern je nach der Schwere der Tat, um die es sich handelt, größer oder geringer erscheint. In Anwendung auf den Geheimnisschutz dürfte nun in der Tat das Privatinteresse an Wahrung anvertrauter Tatsachen in weitem Umfange dem Staatsinteresse an Bestrafung überlegen sein; so besonders, wenn es sich nur um Strafsachen wegen Übertretung oder Vergehen — einschließlich der Beleidigung — handelt. Aber zuweit geht nach Auffassung des Referenten die Reichstagsmehrheit, wenn sie das Interesse an der Strafrechtspflege schlechterdings dem Privatinteresse an Geheimhaltung von Anvertrautem unterordnen will. Es wäre doch, um nur ein Beispiel hervorzuheben, sicher tief zu beklagen, wenn ein Mord nur um deswillen seine Sühne nicht fände, weil dem Gericht das Eindringen in das redaktionelle Berufsgeheimnis untersagt wäre. In solchen Fällen wird auch der gewissenhafte Redakteur den Konflikt der Pflichten dahin lösen, daß er die Pflicht zur Förderung der Wahrheitserforschung zwecks Bestrafung des Schuldigen höher stellt, als die Schweigepflicht. Wird aber das Zeugnisweigerungsrecht schrankenlos gewährt, so fällt die Strafjustiz den Redakteuren zum Opfer, die entweder gewissenlos genug sind, um sich hinter das Schweigerecht zu verschanzen, oder die fälschlich den Konflikt der Pflichten im umgekehrten Sinne, wie oben angegeben, lösen zu müssen glauben. Der vom Gesetzgeber einzunehmende Standpunkt wird also der sein müssen, daß die Zeugnispflicht für gewisse namentlich aufzuführende Strafsachen wegen schwerer

Delikte bestehen gelassen wird[13]). Vielleicht laufen die Erklärungen des Regierungsvertreters auf einen ähnlichen Standpunkt hinaus.

Dieser Standpunkt ergibt auch die Antwort auf die Frage, ob die Zeugnispflicht nur hinsichtlich derjenigen Mitteilungen der Presse beseitigt werden solle, die strafrechtlichen Inhalt haben, und zwar in verneinendem Sinne. Wird das Geheimnis selber als ein berechtigtes Interesse anerkannt, so muß es gleichgültig erscheinen, worauf es sich bezieht. Selbstverständlich ist auch, daß die ganze Frage für den Militärstrafprozeß konform zu regeln ist. Im Zivilprozeß schließlich wird das Zeugnisweigerungsrecht schrankenlos zu gewähren sein, da die dort streitigen Privatinteressen durchweg an Bedeutung hinter das Interesse an Geheimniswahrung zurücktreten.

Gar nicht zur Geltung gekommen ist bei den bisherigen Erörterungen ein Gesichtspunkt, den Referent in seinen Beweisverboten S. 20, 39 betont hat, nämlich der, daß die Entscheidung darüber, ob der Redakteur auszusagen habe oder nicht, in die Hände des wirklichen Interessenten gelegt werden muß, d. h. nicht des Geheimnisträgers (also des Redakteurs), sondern des Geheimnisurhebers. Ist dieser nicht bekannt, so muß es freilich bei der Entschließung des Redakteurs verbleiben. Ist er aber bekannt, so muß er befragt werden, ob er dem Redakteur den Mund öffne, und nur bei Widerspruch von seiner Seite wird von dem Zeugnis des Redakteurs Abstand zu nehmen sein. Denn nicht dem Redakteur gehört sozusagen das Geheimnis, sondern dem Andern.

Daß das ganze Problem von der Frage nach Verschärfung der Beleidigungsstrafen unabhängig ist, sollte für den Juristen selbstverständlich sein. Referent vermag übrigens nicht das geringste Bedürfnis für solche Verschärfung anzuerkennen. Die Beleidigungsprozesse bilden ohnehin ein schlimmes Übel unserer Zeit, einen Ausfluß verpöner Reizbarkeit. Die Erziehung des Menschengeschlechts sollte vielmehr darauf hin streben, dem Menschen jene abgeklärte Denkart zu geben, die ihn befähigt, Beleidigungen vornehm zu ignorieren oder ihnen nur durch Wort und tadelsfreien Lebenswandel entgegenzutreten; vollends die Beleidigungen, die nur in überschäumendem Unmut über vorhandene Mißstände gefallen sind, sollten nicht tragisch genommen werden; geht man darauf aus, solche Beleidigungen durch das Strafgesetz zu ersticken, so erwürgt man damit auch die überzeugungsmutige freie Meinungsäußerung überhaupt.

10a. Einen Gesetzentwurf betreffend die Verwahrung gemeingefährlicher Geisteskranker und vermindert Zurechnungsfähiger nebst Begründung hat v. Liszt ausgearbeitet.[14])

[13]) Von der in meinen Beweisverboten S. 38 gegebenen Anregung, die Geheimnisse statt durch ein Zeugnisweigerungsrecht nur durch die Vorschrift zu schützen, daß die Ablegung des Zeugnisses unter Ausschluß der Öffentlichkeit verlangt werde, wird hier abgesehen, da dieser Vorschlag auf Nachfolge nicht rechnen kann.

[14]) Ärztliche Sachverständigenzeitung 1904 Nr. 2/3.

Er postuliert die gesetzliche Anerkennung des Begriffs der verminderten Zurechnungsfähigkeit mit der Wirkung einer Strafminderung nach Maßgabe des § 57 St.G.B., und den Schutz der Gesellschaft vor gemeingefährlichen Geisteskranken und vermindert Zurechnungsfähigen. Für den Strafprozeß kommen von seinen Postulaten folgende in Betracht: Bei Freisprechung wegen Zurechnungsunfähigkeit und bei Bestrafung unter Feststellung verminderter Zurechnungsfähigkeit solle das erkennende Gericht gleichzeitig die Gemeingefährlichkeit des Angeklagten prüfen und im Bejahungsfalle durch besonderen Beschluß die vorläufige Verwahrung (in einer besonderen Strafanstalts- oder Gefängnisabteilung oder in anderen geeigneten Räumen unter ärztlicher Beaufsichtigung) anordnen; gegen den Beschluß solle sofortige Beschwerde (und alsdann weitere sofortige Beschwerde) ohne aufschiebende Wirkung zulässig sein; von selbst solle der Beschluß durch rechtskräftige Entscheidung im Entmündigungsverfahren seine Wirksamkeit verlieren. Gleichzeitig mit dem Beschluß solle Aktenabgabe an die Staatsanwaltschaft behufs Einleitung des Entmündigungsverfahrens erfolgen. Für die Strafvollstreckung solle bei verminderter Zurechnungsfähigkeit geprüft werden, ob der Verurteilte straffähig sei: wenn ja, solle die Strafe (nach Rechtskraft) vollstreckt werden mit der Wirkung, daß die vorläufige Verwahrung während der Dauer der Strafvollstreckung ruhe; wenn nein, solle die Strafvollstreckung ausgesetzt, aber die Zeit der vorläufigen Verwahrung nach Maßgabe des § 494 St.P.O. in die Strafzeit eingerechnet werden. Stelle sich während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe Geisteskrankheit oder verminderte Zurechnungsfähigkeit heraus, so solle das nach § 494 St.P.O. zuständige Gericht (soweit nicht bei verminderter Zurechnungsfähigkeit Straffähigkeit gegeben sei) die vorläufige Verwahrung herbeiführen.

Mit dem Hauptpostulat — vorläufige Verwahrung gemeingefährlicher Angeklagter — kann sich Referent einverstanden erklären. Was den Begriff der sogenannten verminderten Zurechnungsfähigkeit anlangt, so ist u. E. die Grundlegung falsch: die Zurechnungsfähigkeit kann entweder da sein oder fehlen, ein drittes gibt es nicht; entweder ist jemand verantwortlich oder er ist es nicht. Worum es sich handelt, das ist verminderte Schuld bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit. Für das materielle Strafrecht bleibt freilich auch bei solcher theoretischen Grundlegung das praktische Ergebnis: verminderte Strafe — das gleiche. Anders im Prozeß: wäre wirklich „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ anzuerkennen, so wäre eine Konsequenzziehung für den Prozeß in dem Sinne unvermeidlich, daß der „vermindert Zurechnungsfähige“ im Straf- (und im Zivil-) prozeß nur „vermindert prozeßfähig“ wäre, also die (volle) Verhandlungsfähigkeit und damit der Strafprozeß überhaupt zu negieren wäre. Davon kann aber gar keine Rede sein (und auch bei v. Liszt findet sich keine einschlägige Bemerkung) — eben weil es sich einfach um die Frage nach der Größe der Verschuldung z. B. der Tat handelt. Folgerichtig hat dann aber die verminderte Zurechnungsfähigkeit auch gar keine

hemmende Wirkung für den Strafvollzug, so daß die in dieser Hinsicht von v. Liszt erhobenen Forderungen nicht aufrecht erhalten werden können.

11. Hinsichtlich der Reform des Vorverfahrens trägt Galli[15]) folgende Wünsche vor (bei denen er davon ausgeht, daß auch künftig die Berufung auf Schöffensachen beschränkt zu bleiben habe): Im Ermittelungsverfahren sei zwar erwünscht, daß die Staatsanwaltschaft umfassend die Vernehmungen selber vornehme, doch solle dies nicht gesetzlich festgelegt, sondern der justizverwaltungsmäßigen Anordnung überlassen bleiben. Eine Zwangsbefugnis zur Gestellung der Geladenen solle der Staatsanwaltschaft nicht beigelegt werden. Zu erweitern sei § 168 Abs. 2 St.P.O. dahin, daß jeder als Beschuldigter Vernommene, nicht bloß der richterlich Vernommene, von der Einstellung in Kenntnis gesetzt werde. Die richterliche Voruntersuchung dürfe nicht beseitigt werden, sei im Gegenteil auf alle berufungslosen Strafsachen bedingungslos zu erstrecken. Von der Voruntersuchung solle nur dann Abstand genommen werden, wenn der Beschuldigte nach richterlicher Vernehmung auf sie verzichte. In Schwurgerichts- und erstinstanzlichen Reichsgerichtssachen solle auch eine Voruntersuchung in incertam personam zugelassen sein, so jedoch, daß alsdann die weitere Verfügung der Staatsanwaltschaft verbleibe. Parteiöffentlichkeit sei für die Voruntersuchung grundsätzlich schrankenlos, jedoch nur in der Form zu gewähren, daß den Prozeßbeteiligten Anwesenheit gestattet werden könne; Ablehnung von Parteianträgen auf Gestattung der Anwesenheit solle nur da statthaft sein, wo als Folge der Zulassung eine Beeinträchtigung des Ganges oder Zwecks der Voruntersuchung oder eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu befürchten stände. Das Eröffnungsverfahren sei dahin auszubauen, daß der gerichtlichen Beschlußfassung ein Termin zwecks mündlicher Anhörung des Beschuldigten vorherzugehen habe. Doch solle persönliches Erscheinen des Beschuldigten nicht obligatorisch sein, ihm übrigens auch schriftliche Erklärung freistehen. Die Staatsanwaltschaft müsse in dem Termin anwesend sein. Einem staatsanwaltschaftlichen Antrage auch Einstellung des Verfahrens oder Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten solle der Vorsitzende allein stattzugeben legitimiert sein. Fasse das Gericht einen Beweiserhebungszwischenbeschluß, so müsse die Ausführung der Beweiserhebung vor der Beschlußkammer zulässig sein. Der Eröffnungsbeschluß müsse die einzelnen zu Grunde liegenden Tatsachen angeben, wenn entweder Abweichungen von der Anklageschrift vorlägen oder überhaupt keine Anklageschrift da sei. Letzterenfalls müsse der Eröffnungsbeschluß überhaupt alle Erfordernisse einer Anklageschrift erfüllen, sodaß dann die nachträgliche Einreichung einer Anklageschrift (St.P.O. § 206) entbehrlich würde. Das Beschwerderecht des Angeklagten gegen den Eröffnungsbeschluß sei nicht zu erweitern, im Gegenteil sei § 199 Abs. 3 Satz 2 St.P.O. zu streichen. Jedoch

[15]) Deutsche Jur.-Ztg. VIII, 488.

müsse dem Verurteilten die Möglichkeit eröffnet werden, durch Revision das Urteil wegen bestimmter Prozeßverstöße, auf denen der Eröffnungsbeschluß beruhe, anzufechten, und dem erkennenden Gericht müsse die Befugnis gegeben werden, die Sache in das Beschlußverfahren zurückzuverweisen. Für schöffengerichtliche Anklagen müsse die Bestimmung, daß in ihnen ein Ermittelungsergebnis fehlen könne, in Wegfall gebracht werden.

Referent vermag diesen Vorschlägen in den Hauptpunkten nicht beizupflichten.

1. Der Verf. betont selbst, daß die eigene umfassende Stoffsammlung durch die Staatsanwaltschaft das Ideal sein müsse, will aber gleichwohl nicht durch Gesetz darauf hingewirkt wissen. Warum nicht? Würde die Staatsanwaltschaft gesetzlich angewiesen, sämtliche Erhebungen in ihrer Hand zu konzentrieren, ganz wie ein Untersuchungsrichter, so hätte man — ohne Kräftezersplitterung — die denkbar beste Art der Stoffsammlung. Damit wäre dann die Voruntersuchung entbehrlich, die in ihrer jetzigen Gestalt eine schwer begreifliche Brachlegung des von dem Untersuchungsrichter gewonnenen Wissens darstellt; was an der Voruntersuchung aber gut ist — die Konzentration —, wäre gerettet und obenein dem nunmehr zur Entscheidung über die Klageerhebung berufenen Beamten die beste Information auf den Weg gegeben. Daß die Voruntersuchung in staatsanwaltschaftlicher Hand schlechter als in richterlicher aufgehoben wäre, würde bei pflichtmäßig objektiv gerichteten Staatsanwälten ein Vorwurf sein, der völlig zu Boden fiele.

2. Die Ausgestaltung des Beschlußverfahrens erscheint dem Referenten als ein Schritt, der auf halbem Wege stehen bleibt. Ein Beschlußverfahren mit mündlicher Verhandlung und event sogar Beweisaufnahme ist schon fast eine Hauptverhandlung. Wozu diese Kräfteverschwendung, wenn diese Verhandlung doch nicht auf Aburteilung hinausläuft? Oder umgekehrt: wenn überhaupt schon jetzt mündlich verhandelt wird, warum dann nicht alsbaldige Aburteilung mit dem Vorbehalt einer Berufung?

12. Zucker, bekanntlich ein entschiedener Gegner der Voruntersuchung[16]), setzt sich in einer kleinen Schrift mit den Argumenten auseinander, die Groß zu gunsten der Voruntersuchung vorgebracht hat[17]). Seine Ausführungen decken sich in der Hauptsache mit dem, was Referent gegen Groß geltend gemacht hat[18]). Insbesondere betont er die Entwertung der Hauptverhandlung durch eine „gute" Voruntersuchung und die Verschiebung der Prozeßlage entgegen dem geltenden Prozeßsystem — ganz richtig bemerkt er, daß eigentlich dabei ein bloßes schriftliches Verfahren mit angehängtem endlichen Rechtstag

[16]) Vgl. Z XXIV 440.

[17]) Ein Wort zur Aufhebung der gerichtlichen Voruntersuchung. Berlin, Guttentag 1904.

[18]) Vgl. oben S. 443.

herauskomme, wenn man die Voruntersuchung als Grundlage der Hauptverhandlung benutze. Aus Rücksichten auf den zur Verfügung stehenden Raum kann Referent auf die Einzelheiten nicht eingehen, bezüglich ihrer sei auf die Schrift selbst verwiesen, die den Gedankengang der Großschen Ausführungen genau verfolgt und diese entkräftet, auch am Schlusse eine Skizze des voruntersuchungslosen Verfahrens, wie es sich der Vers. denkt, gibt.

12a. Gegen die Großsche Auffassung von der Voruntersuchung wendet sich auch Stooß.[19]) Er betont sehr richtig, daß diese Auffassung die Bedeutung des Mündlichkeits- und des Unmittelbarkeitsprinzips verkenne. Nach ihr habe die Hauptverhandlung nur noch den Zweck, das schon gesicherte Ergebnis der Voruntersuchung in mündlicher Form zu reproduzieren. „Der Vorsitzende ist der Regisseur, der das Stück den ahnungslosen Richtern und Geschworenen vorführt"; die Voruntersuchung dient als „Textbuch für die Hauptverhandlung". Der Vorsitzende kann bei solcher Voruntersuchung, ohne Prophet zu sein, voraussagen, wie das Urteil in der Hauptsache zu lauten haben wird, er ist präokkupiert. Dennoch trägt Stooß Bedenken, die Voruntersuchung abzuschaffen und die gesamte Stoffsammlung dem Staatsanwalt zu übertragen; denn geschehe dies, so müsse auch für eine, wie er annimmt, nicht durchführbare umfassende Verteidigung gesorgt sein, und ohne diese würde die Übermacht des Staatsanwalts über den Beschuldigten zu groß sein. Die Reform müsse vielmehr bei der Art und Weise der Voruntersuchungsführung einsetzen. Sie dürfe den Untersuchungsrichter nicht zum Inquirenten machen, der sich selber ein Urteil bilden wolle; sondern eben lediglich auf ihren Zweck, die Ermöglichung einer Entschließung über die Anklageerhebung, zugeschnitten sein, d. h. sie müsse zeitlich und inhaltlich gekürzt werden; die Protokolle müßten nur ganz summarisch lauten. Die Voruntersuchung müsse auf übereinstimmenden Schließungsantrag der Parteien völlig, bei Schließungsantrag des Staatsanwalts jedenfalls hinsichtlich des Belastungsmaterials geschlossen werden. Dann werde auch die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit das werden, was sie nach Glasers Intention habe werden sollen, bis heute aber nicht geworden sei.

Eine besondere Behandlung hätten nur die antezipierten Beweiserhebungen, die schon für die Hauptverhandlung grundlegend sein sollten, zu erfahren; bei ihnen müßten den Parteien alle Rechte zustehen, die sie auch in der Hauptverhandlung ausüben könnten und die Protokollierung müsse sorgfältig und vollständig sein.

12b. Groß erwidert hierauf[20]), vom idealen Standpunkt hätten allerdings seine Gegner recht. Aber wie die tatsächlichen Verhältnisse nun einmal lägen, sei eine Hauptverhandlung ohne Voruntersuchung minderwertig. Denn einmal sei die Aussage eines Zeugen

[19]) Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. XIV. S. 118.
[20]) Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. XIV, S. 130.

vor dem Untersuchungsrichter die beste, weil der Untersuchungsrichter sich mit dem Zeugen eingehend befassen könne, während das in der mündlichen Verhandlung unmöglich sei, und sodann müsse der Vorsitzende doch wissen, wie er die Verhandlung planmäßig gestalte, und dazu dienten ihm eben die Aufzeichnungen der Voruntersuchung.

Hiergegen ist folgendes zu sagen: Wenn es sich nur darum handelt, eine eingehende Information von den Zeugen zu erlangen, so ist nicht einzusehen, warum nicht der Staatsanwalt, der unter genau den gleichen Bedingungen arbeitet (persönliche eingehende Befragung des Zeugen 2c.), ganz ebenso imstande sein soll, eine solche solide Aussage zu erzielen; und da er es doch ist, dem die Information dienen soll, so liegt doch auf der Hand, daß die direkte Zeugenbefragung für ihn noch viel wertvoller ist, als die Aufzeichnungen des Untersuchungsrichters! Was sodann die Instandsetzung des Vorsitzenden zu planmäßiger Verhandlungsleitung anlangt, so übersieht Groß, daß zu solcher ganz und gar nicht das Wissen davon notwendig ist, was die Zeugen sagen werden; der Inhalt ihrer Aussage kann dabei gänzlich dem Vorsitzenden unbekannt sein; nur darauf kommt es an, was die Zeugen präsumtiv sagen sollen; die Aufstellung des Vernehmungsplans bedarf also nur der Fixierung der Beweisthemata unter Benennung der bezüglichen Beweismittel durch die Parteien — und dazu bedarf es keiner Voruntersuchung.

12c. Zu Gunsten der Voruntersuchung ergreift Maßmann in der Deutschen Juristen-Zeitung[21]) das Wort. Er will den Vorwurf zurückweisen, daß der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung einseitig zu Ungunsten des Angeschuldigten führe, bestrebt, seine Überführung zu erzielen, begünstigt durch die Heimlichkeit der Prozedur, sowie durch das Fehlen der Kritik und Kontrolle von Mitarbeitern, und in unwillkürlicher Abhängigkeit von der Staatsanwaltschaft. Es ist dem Verf. zuzugeben, daß dieser Vorwurf zu Boden fällt. Aber die eigentlichen Bedenken gegen die Voruntersuchung sind auf ganz anderem Gebiet zu suchen[22]).

13. Für die Hauptverhandlung äußert Becker folgende Wünsche[23]). Es möge 1a) dem Gericht über die Schranken des § 232 St.P.O. hinaus die Befugnis gegeben werden, den Angeklagten auf seinen Antrag vom Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden, eventuell mit der Maßgabe, daß auf eine schwerere Strafart als die des im Eröffnungsbeschluß angezogenen Strafgesetzes nicht erkannt werden dürfe. b) Eine Vermeidung unnötiger Hauptverhandlungen sei herbeizuführen durch Erweiterung der Zulässigkeit eines Strafbefehls. Und zwar solle ein Strafbefehl auch bei Vergehen aller Art und bei Verbrechen, die nur wegen Vorliegens eines Rückfalls Verbrechen seien, durch das beschließende Gericht verhängt werden können,

[21]) Bd. IX Sp. 236.
[22]) Vgl. oben S. 443, 471.
[23]) Deutsche Jur.-Ztg. VIII 555.

wenn entweder Geständnis vorliege oder nur Freiheitsstrafe bis sechs Wochen oder Geldstrafe (Einziehung, Unbrauchbarmachung) verhängt werde, oder zwar eine höhere Strafe verhängt werde, diese aber nur in Gefängnis und zeitweiligem Verlust der Ehrenrechte bestehe und der gesetzliche Mindestbetrag der Strafe gewählt werde. Nur müsse bei jugendlichen Beschuldigten Zustellung des Strafbefehls auch an die Beistandspersonen des § 149 St.P.O. obligatorisch sein; ausgeschlossen müsse Strafbefehlserlaß da sein, wo die Bestrafung zur späteren Anwendung von Rückfallbestimmungen führen könne, sowie da, wo das Unterscheidungsvermögen nach St G.B. § 56 oder die Zurechnungsfähigkeit zweifelhaft sei; endlich auch dann, wenn der etwaige Bußberechtigte dem Strafbefehlserlaß nicht zustimme. 2. Die Abfenzverhandlung des § 231 St.P.O. sei bedeutender Erweiterung fähig. a) Sie müsse durchweg (bei allen Delikten) zugelassen sein, wenn der Angeklagte ohne genügende Entschuldigung ausbleibe (mit Wahrung des Rechts des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Abfenzurteil); so jedoch, daß dem Gericht auch freistehen solle, die Verhandlung auszusetzen und entweder Verhaftung oder Vorführung oder aber den Wegfall des Parteirechts aus § 244 Abs. 1 St.P.O. für die neue Hauptverhandlung zu beschließen. b) Abfenzverhandlung solle auch dann schrankenlos zulässig sein, wenn der Aufenthalt des Angeklagten unbekannt oder im Auslande sei, mit der Maßgabe, daß dann Zustellungen an einen Angehörigen des Angeklagten obligatorisch sein, auch den Angehörigen Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses freistehen solle. 3. Dem Gericht sei die Befugnis zu geben, die Öffentlichkeit auszuschließen a) bei Zustimmung aller Prozeßbeteiligten; b) auf Antrag eines Zeugen oder eines Sachverständigen, wenn der Antragsteller die Notwendigkeit des Ausschlusses und den ihm aus öffentlicher Verhandlung drohenden Schaden glaubhaft mache; c) falls bei Verhandlungen über Verbrechen gegen Leib oder Leben die Öffentlichkeit eine besondere Gefährdung öffentlicher oder privater Verhältnisse besorgen lasse. 4 Zu beseitigen sei a) das Kreuzverhör; b) das Recht der Beteiligten auf Fragestellung an Zeugen und Sachverständige nach St.P.O. § 239; statt dessen solle freies Ermessen des Vorsitzenden platzgreifen.

Den Vorschlägen zu 2b, 3c, 4b vermag Referent nicht zuzustimmen. Bei 1a würde jedenfalls die Notwendigkeit beibehalten werden müssen, den § 264 St.P.O. (Hinweis auf Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts) auch im Falle des Dispenses vom Erscheinen zu wahren.

14. Den Vorschlag, es solle inskünftig unter Beseitigung des § 244 St P.O. dem Gericht die Befugnis gegeben werden, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen, beanstandet Staub als unannehmbar[24]). „Ein solcher Vorschlag ist der letzte Ausläufer des jetzigen Verfahrens, nach welchem das Ergebnis einer lediglich auf

[24]) D. J.Z. Bd. IX S. 103, 150.

Überführung des Angeschuldigten angelegten, einseitig und heimlich geführten Voruntersuchung der Ausgangspunkt der mündlichen Verhandlung ist und dieser das Gepräge gibt. Das durch die Voruntersuchung gegebene Bild darf keine Flecken erhalten; Entlastungszeugen sind nur geeignet, dieses Bild zu stören. Um sie zu eliminieren, beschließt man ihre Nichtvereidigung wegen Verdachts der Begünstigung. Das würde man dann nicht mehr nötig haben, wenn jener Gesetzesvorschlag Gesetz wird. Dann würde eben das Gericht nach Vernehmung der Belastungszeugen beschließen, daß die Beweisaufnahme als beendet zu betrachten sei, weil die Sachlage genügend geklärt sei."

Aus einer richtigen Grundauffassung dürfte hier ein — was den § 244 Abs. 1 St.P.O. anlangt — unrichtiges Postulat abgeleitet sein. Gewiß ist gegen Verkürzung oder gar Unterdrückung des Entlastungsbeweises in der Hauptverhandlung kein Protest scharf genug. Gewiß ist die bedrohliche Präokkupation der Meinung des Gerichts durch die Voruntersuchung und die unbewußte Tendenz, das durch sie erzielte Bild nicht verändert zu sehen, eine schlimme Entwertung der Hauptverhandlung (deshalb: Fort mit der Voruntersuchung! Siehe den Bericht Nr. 7 [Oppler] und Nr. 28 [Zucker]. Gewiß wäre es verkehrt, dem erkennenden Gericht die Befugnis zu geben, nach freiem Belieben, d. h. nach dem subjektiven Augenblickseindruck, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen. Aber das alles hat mit der Frage nichts zu tun, ob das Gericht genötigt sein müsse, alle zur Stelle befindlichen Beweismittel in die Beweisaufnahme einzubeziehen, wie dies § 244 St.P.O. vorschreibt. Dieser Paragraph nötigt dazu, mit absolut überflüssigen Beweiserhebungen die Zeit totzuschlagen. Ist doch der Angeklagte oft unverständig genug, auf Vernehmung eines geladenen Zeugen zu bestehen, wiewohl ihm der Vorsitzende erklärt, daß der Gerichtshof die durch diesen Zeugen zu bekundenden Entlastungstatsachen bereits als erwiesen ansehe. Und so, wie das Gesetz abgefaßt ist, müssen nach § 244 selbst solche Beweise erhoben werden, deren Beweisthema schlechterdings zur Sache nichts beiträgt. Das ist ein Rechtszustand, der niemandem Vorteil bringt und unnütze Kräfteverschwendung bedeutet. Es ist auch unnatürlich, daß dem erkennenden Gericht solch zwecklose Beweiserhebungen aufoktroyiert werden. Schließlich ist auch nicht einzusehen, weshalb die zufällige Tatsache, daß der Zeuge usw. geladen und zur Stelle ist, die Stellung des Gerichts zu einer anderen machen soll, als wenn die Partei die Ladung für einen späteren Zeitpunkt beantragt. Es muß als Grundsatz gelten, daß das Gericht allen Beweisanträgen der Partei gleich gegenübersteht, sie mögen sich auf präsente oder erst herbeizuschaffende Beweismittel beziehen. Der Hebel ist vielmehr anderswo anzusetzen.

Was unbedingt verhindert werden muß, ist Abschneidung eines Beweises, der möglicherweise wahrheitsförderlich sein kann. Das aber wird nur erreicht durch genaue gesetzliche Formulierung der Gründe, auf die das Gericht die Ablehnung eines beantragten Beweises stützen

kann. Selbstverständlich darf unter keinen Umständen statthaft sein, sich aus der bisher gewonnenen Überzeugung heraus gegen weitere Beweise ablehnend zu verhalten, also solche deshalb zurückzuweisen, weil „die Sache genügend aufgeklärt sei" u. dergl. Denn das hieße die Möglichkeit eines Irrtums bestreiten und Handhaben zur Wahrheitserforschung ungeprüft beiseite schieben. Es müßte ausgesprochen werden, daß Ablehnung nur zulässig sei

1. wegen Fehlens eines Beweisthemas oder eines Beweismittels in dem Beweisantrage;
2. wegen Unverständlichkeit des Beweisantrages;
3. wegen Unzulässigkeit der beantragten Beweiserhebung (Bestehens eines Beweisverbots);
4. weil das Beweisthema bereits als erwiesen angesehen werde;
5. weil das Beweisthema, als wahr unterstellt, die Gesamtbeweiswürdigung nicht beeinflussen würde;
6. weil im Zusammenhalt mit der bisherigen Beweisaufnahme dem Beweismittel aus objektiven, nicht in der Person des Zeugen usw. liegenden[25]) Gründen nicht geglaubt werden würde.

Schon das geltende Recht muß in dieser Weise interpretiert werden. Eine gesetzliche Festlegung der Ablehnungsgründe tut aber dringend not. Damit wären die Schranken errichtet, die notwendig sind, um das Gericht vor einer — allzu menschlichen — Neigung, dem Augenblickseindruck zu folgen, zu bewahren und gleichzeitig den Entlastungsinteressen besser gedient, als durch Aufrechterhaltung der durch § 244 St.P.O. bedingten Sklaverei.

15. Als entschiedener Anhänger der Berufung weist Samter in der Deutschen Juristenzeitung[26]) in sehr glücklicher Weise darauf hin, daß sich selbst dem sorgfältigsten Strafrichter bei Rückerinnerung an einzelne Verhandlungsergebnisse nur allzu oft nachträglich die Erwägung aufdrängt, daß in der Verhandlung doch Momente hervorgetreten sind, die, in strepitu fori nicht voll ex fundamento erfaßt, eine tatsächliche Nachprüfung des abgeurteilten Prozeßstoffs durch eine zweite Instanz erwünscht machen.

Den Hammschen Vorschlag (s. Bericht Nr. 16), zur Strafkammerrechtsprechung Schöffen zuzuziehen, bekämpft er — mit Recht —

---

[25]) Wo es sich um Würdigung der Persönlichkeit des Zeugen usw. handelt, würde dessen Verwerfung vor Aufnahme des Beweises — trotz der entgegengesetzten Auffassung des Reichsgerichts — unstatthaft sein. Als Beispiel für Verwerfung eines Beweismittels aus objektiven Gründen diene folgender Fall: Eine Reihe von Zeugen, die unmittelbar neben dem Angeklagten gestanden haben, haben bekundet, der Angeklagte habe das und das getan; beruft sich nun der Angeklagte auf Gegenzeugnis des X., der (wie er nicht bestreitet), den Vorfall von einer 100 Schritt entlegenen Stelle aus angesehen habe, so ist Ablehnung sicher statthaft mit der Begründung, daß selbst, wenn dieser X. persönlich durchaus einwandfrei sei, seinem Zeugnis dennoch gegenüber dem Zeugnis der besser postierten Zeugen keine Bedeutung zukomme.

[26]) Bd. VIII S. 163.

als ein gefährliches Experiment. Er will das Oberlandesgericht zum Berufungsgericht gemacht, und mittellosen Angeklagten die Teilnahme an der oberlandesgerichtlichen Hauptverhandlung durch Gewährung von Reise-Freikarten u. dgl. ermöglicht wissen.

15a. Eine Einengung der auf eine Prozeßrüge gestützten Revision hatte Lobe[27]) anläßlich des Leipziger Bankprozesses gefordert in dem Sinne, daß sie, abgesehen von den als absolute Revisionsgründe wirkenden Prozeßverstößen des § 377 St.P.O., nur dann statthaft sein solle, wenn der betr. Verstoß von den Parteien gerügt worden sei. Gegen diese Forderung hat sich schon Drucker[28]) gewendet und wendet sich jetzt Geiershöfer[29]) mit dem Hinweis auf die praktische Bedenklichkeit einer solchen Bestimmung und die aus ihr hervorgehende Verschlechterung der Lage des Angeklagten. In der Tat dürfte dieser Gegenmeinung der Vorzug zu geben sein. Der Lobesche Vorschlag würde einen inneren Widerspruch in das Gesetz hineinbringen. Die St.P.O. kennt Vorschriften, deren Beachtung „verzichtbar", und solche, deren Beachtung, weil im öffentlichen Interesse liegend, „unverzichtbar" ist. Jener Vorschlag trifft nun nicht etwa die Verletzung der Vorschriften der ersten Art; denn bei diesen bedeutet Unterlassung einer Parteirüge Heilung des Mangels, sodaß insoweit eine Revision schon jetzt ausgeschlossen ist. Vielmehr führt der Vorschlag dahin, die unverzichtbaren Prozeßvorschriften insofern zu verzichtbaren zu machen, als Unterlassung der Rüge die Revision ausschließen soll. Damit wäre aber gerade das Wesentliche der Unverzichtbarkeit negiert. Konsequent wäre es dann, sämtliche Prozeßvorschriften als verzichtbar zu charakterisieren (mit Ausnahme der für § 377 in Betracht kommenden); das aber würde der Auffassung widerstreiten, daß nun einmal zahlreiche Vorschriften um des öffentlichen Interesses willen Anwendung erheischen. Es mag zu beklagen sein, wenn Formverstöße, namentlich in umfangreichen Sachen, zu einer Erneuerung des Verfahrens erster Instanz führen, — aber die Formvorschriften sind doch dazu da, eingehalten zu werden!

16. Einer Einschränkung der Wiederaufnahme des Verfahrens redet Hamm das Wort[30]); die ausgedehnte Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs sei der größte Fehler der St.P.O. Vor allem müsse 1) vorgeschrieben werden, daß vor Erlaß des Wiedereröffnungsbeschlusses sowohl die neuen, wie die früheren Zeugen und Sachverständigen eidlich vernommen würden und zwar die früheren unter Vorhaltung der Aussagen der neuen; 2) die hauptverhandlungslose Freisprechung im Wiederaufnahmeverfahren müsse beseitigt werden; 3. die Wiederaufnahme nach § 399[5] St.P.O. müsse auf den Fall beschränkt werden, daß die nova die Unschuld des Verurteilten (sei

[27]) Das Recht, Jahrg. 1902 S. 580, vgl. 1903 S. 75.
[28]) Das Recht 1903, S. 73.
[29]) Jurist. Wochenschrift Bd. XXXII, S. 395.
[30]) Dtsche. Jur.-Ztg. VIII, 61.

es bezüglich der zur Last gelegten Tat überhaupt, sei es bezüglich eines die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes begründenden Umstandes) ergäben (wie im Entwurf von 1895 geplant war); überdies seien die jetzt für Wiederaufnahme gegen schöffengerichtliche Urteile geltenden Beschränkungen des § 399[3] Satz 2 auf Wiederaufnahme gegen Strafkammerurteile zu erstrecken. Vielleicht könne auch die Wiederaufnahme aus § 399[5] an die Bedingung geknüpft werden, daß sich der Angeklagte seinerzeit der ihm zustehenden Berufung bedient habe.

Unter der Voraussetzung solcher Beschneidung der Wiederaufnahme will der Verfasser die Einführung der Berufung zugestehen, und zwar einer Berufung mit völliger Erneuerung der mündlichen unmittelbaren Hauptverhandlung, also unter Streichung von St.P.O. § 364 Abs. 2—4. Zu Berufungsgerichten in Strafkammersachen seien nicht die Oberlandesgerichte zu bestellen; dies verbiete sich mit Rücksicht auf die unbemittelten Angeklagten durch die Größe ihrer Sprengel. Die Bildung von Berufungskammern an dem Landgericht der ersten Instanz sei ebenfalls mißlich, einmal wegen der geringen Zahl der Richter bei vielen Landgerichten, sodann wegen der Befürchtung, daß die Kollegialität alsdann leiden könne. (Den Vorschlag, den Referent früher gemacht hat: einen circulus unter den Landgerichten derart herzustellen, daß Landgericht A. Berufungsgericht für Landgericht B., Landgericht B. Berufungsgericht für Landgericht C., Landgericht C. Berufungsgericht D. usw. würde, erörtert der Verf. nicht). Vielmehr sei in der Weise zu helfen, daß die Strafkammern 1. Instanz mit 2 Berufsrichtern und 3 Schöffen, die Berufungskammern mit 3 Berufsrichtern und 4 Schöffen besetzt würden, und in letzteren der Landgerichts-Präsident den Vorsitz führte. Mit Zuziehung des Laienelements sympathisiert der Verf. überhaupt sehr; sogar die Schwurgerichte will er (unter Beschränkung ihrer Zuständigkeit auf eigentliche Kapitalsachen) wegen ihren großen Volkstümlichkeit beibehalten wissen.

Die Rückwirkungen der Einführung der Berufung auf das Verfahren erster Instanz hätten darin zu bestehen, daß die Zustellung der Anklageschrift erst gleichzeitig mit Zustellung des Eröffnungsbeschlusses zu erfolgen brauche; daß St.P.O. § 23 Abs. 3 gestrichen würde, sowie daß die Notwendigkeit der $^2/_3$-Majorität für die Schuldigsprechung (eine „Künstelei") beseitigt würde.

Die Revision gegen Berufungsurteile in Strafkammersachen habe an das Reichsgericht zu gehen; soweit es sich um Landesrecht handle, an das Oberlandesgericht; doch sei § 123[3] G.V.G. dahin zu fassen, daß es nicht darauf ankomme, ob die Revision auf Verletzung des Landesrechts gestützt werde, sondern darauf, ob auf Grund Landesrechts Strafe verhängt bzw. Freisprechung von einem landesrechtlichen Delikt erfolgt sei. Aufzuheben sei St.P.O. § 381.

16. Einem von wissenschaftlicher Seite wie auch im Reichstage wiederholt geltend gemachten Verlangen Rechnung tragend, kündigte die

Thronrede, mit der die diesmalige Sitzungsperiode des Reichstages eröffnet wurde, einen Gesetzentwurf über die Entschädigung für ungerechtfertigt erlittene Untersuchungshaft an. Über den Inhalt des geplanten Gesetzes berichtete anfänglich die Tagespresse Folgendes: Anspruchsberechtigte sollten der Verhaftete und alle, denen er gesetzlich unterhaltungspflichtig sei, sein. Der Anspruch solle sich richten gegen denjenigen Bundesstaat, bei dessen Gerichten das Verfahren in erster Instanz geschwebt habe; im Falle es nicht zur Klageerhebung gekommen sei, gegen denjenigen Bundesstaat, von dessen Amtsgerichten der Haftbefehl erlassen worden sei. Begründet solle der Anspruch sein, wenn entweder die Unschuld des Verhafteten zu Tage trete, oder das Nichtvorliegen eines begründeten Verdachts festgestellt werde, oder sich die Straftat als derart geringfügig erweise, daß die Untersuchungshaft als nicht gerechtfertigt erscheine — vorausgesetzt jedoch, daß nicht der Verhaftete die Verfolgung oder den Haftbefehlserlaß durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt habe. Die Beschlußfassung über das Begründetsein des Anspruchs solle in der Hand des mit der Sache befaßten Strafgerichts liegen und bei endgültiger Beendigung des Strafverfahrens erfolgen. Ergehe der Beschluß zugleich mit dem Urteil, so solle er der Anfechtung durch Rechtsmittel nicht unterliegen, aber mit Aufhebung des Urteils von selbst außer Kraft treten; ergehe er ohne gleichzeitiges Urteil, so solle er mit sofortiger Beschwerde anfechtbar sein. Nachträgliche Anträge der Berechtigten sollten mit gewissen zeitlichen Beschränkungen zugelassen sein. Wegen der Höhe des Anspruchs habe sich der durch jenen Beschluß des Strafgerichts für berechtigt Erklärte an die Landesjustizverwaltung zu wenden, gegen deren Bescheid solle ihm der ordentliche Zivilrechtsweg wie bei der Entschädigung wegen ungerechtfertigter Strafvollstreckung offen stehen.

Es verlautete dann, daß innerhalb des Bundesrates Meinungsverschiedenheiten obwalteten, daß insbesondere die Großherzoglich Hessische Regierung einen besonderen Standpunkt in dieser Frage eingenommen habe. Doch ist schließlich im wesentlichen ein Einverständnis unter den verbündeten Regierungen erzielt worden; der nunmehr veröffentlichte Entwurf lautet nach der „Norddeutschen Allgemeinen Zeitung" mit einem Teil seiner Begründung folgendermaßen:

Entwurf eines Gesetzes,
betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1. Personen, die im Strafverfahren freigesprochen oder durch Beschluß des Gerichts außer Verfolgung gesetzt sind, können für erlittene Untersuchungshaft Entschädigung aus der Staatskasse verlangen,

wenn das Verfahren ihre Unschuld ergeben oder dargetan hat, daß gegen sie ein begründeter Verdacht nicht vorliegt.

Außer dem Verhafteten haben diejenigen, denen gegenüber er kraft des Gesetzes unterhaltungspflichtig war, Anspruch auf Entschädigung.

§ 2. Der Anspruch auf Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn der Verhaftete die Untersuchungshaft vorsätzlich herbeigeführt oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat.

Der Anspruch kann ausgeschlossen werden, wenn das zur Untersuchung gezogene Verhalten des Verhafteten gegen die guten Sitten verstoßen hat.

Der Anspruch kann auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Verhaftete entweder wegen Verbrechens oder wiederholt wegen Vergehens oder Uebertretung des § 361 Nr. 3 bis 8 des Strafgesetzbuchs zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und seit der Verbüßung der letzten Strafe bis zur Verhaftung fünf Jahre noch nicht verflossen sind.

§ 3. Gegenstand des dem Verhafteten zu leistenden Ersatzes ist der für ihn durch die Untersuchungshaft entstandene Vermögensschaden.

Unterhaltsberechtigten ist insoweit Ersatz zu leisten, als ihnen durch die Verhaftung der Unterhalt entzogen worden ist.

§ 4. Ueber die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung wird von dem Gerichte gleichzeitig mit seinem den Verhafteten freisprechenden Urteile durch besonderen Beschluß Bestimmung getroffen.

Wird auf ein gegen das Urteil eingelegtes Rechtsmittel von neuem auf Freisprechung erkannt, so ist von dem erkennenden Gerichte nach Maßgabe des Abs. 1 von neuem Beschluß zu fassen.

Der Beschluß ist nicht zu verkünden, sondern durch Zustellung bekannt zu machen, sobald das freisprechende Urteil rechtskräftig geworden ist. Er unterliegt nicht der Anfechtung durch Rechtsmittel.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn der Verhaftete durch Beschluß des Gerichts außer Verfolgung gesetzt wird.

§ 5. Der die Entschädigungsverpflichtung der Staatskasse aussprechende Beschluß tritt außer Kraft, wenn zu Ungunsten des Freigesprochenen die Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet oder wenn gegen den außer Verfolgung Gesetzten nach Wiederaufnahme der Klage das Hauptverfahren eröffnet wird. War die Entschädigung schon gezahlt, so kann das Gezahlte mit Zinsen vom Tage der Zahlung an zurückgefordert werden.

§ 6. Wer auf Grund des die Entschädigungsverpflichtung der Staatskasse aussprechenden Beschlusses einen Anspruch geltend macht, hat diesen Anspruch bei Vermeidung des Verlustes binnen drei Monaten nach Zustellung des Beschlusses durch Antrag bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts zu verfolgen, in dessen Bezirke das Verfahren in erster Instanz anhängig war.

Ueber den Antrag entscheidet die oberste Behörde der Landesjustizverwaltung. Eine Ausfertigung der Entscheidung ist dem Antragsteller nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zuzustellen.

Gegen die Entscheidung ist die Berufung auf den Rechtsweg zulässig. Die Klage ist binnen einer Ausschlußfrist von drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung zu erheben. Für die Ansprüche auf Entschädiaung sind die Zivilkammern der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig.

Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag ist der Anspruch nicht übertragbar.

§ 7. Die Entschädigung wird aus der Kasse des Bundesstaats gezahlt, bei dessen Gerichte das Strafverfahren in erster Instanz anhängig war.

Bis zum Betrage der geleisteten Entschädigung tritt die Kasse in die Rechte ein, welche dem Entschädigten gegen Dritte um deswillen zustehen, weil durch deren rechtswidrige Handlungen die Untersuchungshaft herbeigeführt war.

§ 8. Ist zu Ungunsten des Freigesprochenen die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt oder gegen den außer Verfolgung Gesetzten die Klage wieder aufgenommen worden, so kann die Entscheidung der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung (§ 6 Abs. 2), sowie die Zahlung der Entschädigung (§ 7 Abs. 1) ausgesetzt werden.

§ 9. In den zur Zuständigkeit des Reichsgerichts in erster Instanz gehörigen Sachen ist statt der Staatskasse die Reichskasse ersatzpflichtig.

In diesen Fällen tritt an die Stelle der Staatsanwaltschaft des Landgerichts die Staatsanwaltschaft bei dem Reichsgericht, an die Stelle der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung der Reichskanzler.

§ 10. Dieses Gesetz findet im militärgerichtlichen Verfahren entsprechende Anwendung. An die Stelle der Staatskasse trit im Heere die Kasse desjenigen Kontingents, bei dessen Gerichte das Strafverfahren in erster Instanz anhängig war, in der Marine die Reichskasse. Statt der Staatsanwaltschaft des Landgerichts ist der Gerichtsherr erster Instanz, statt der obersten Behörde der Landesjustizverwaltung die oberste Militär- oder Marine-Justizverwaltungsbehörde zuständig.

§ 11. In den zur Zuständigkeit der Konsulargerichte gehörigen Sachen findet dieses Gesetz mit folgenden Maßgaben Anwendung:

An die Stelle der Staatsanwaltschaft des Landgerichts tritt der Konsul. Die im § 6 Abs. 1 vorgesehene Ausschlußfrist beträgt sechs Monate. Für die Ansprüche auf Entschädigung ist das Reichsgericht in erster und letzter Instanz zuständig.

§ 12. Die Vorschrifteu dieses Gesetzes finden auf Angehörige eines auswärtigen Staates nur insoweit Anwendung, als nach einer im Reichsgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung durch die Gesetzgebung dieses Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Urkundlich ꝛc.

Gegen ꝛc.

* * *

Aus der Begründung.

Der vorliegende Entwurf macht den Versuch, den durch eine Untersuchungshaft ungerechtfertigt betroffenen Personen einen gesetzlichen Anspruch auf Entschädigung zu gewähren, über den endgültig nur die Gerichte zu befinden haben, und zwar in einem für die Entschädigungsberechtigten möglichst erleichterten Verfahren. Der Entwurf hält nach dem Vorbilde des Gesetzes, betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 (Reichs-Gesetzbl. S. 345) daran fest, daß eine Entschädigung nur solchen Personen gewährt werden darf, deren Unschuld sich herausgestellt hat. Bleibt ein begründeter Verdacht bestehen und ist die Freisprechnng nur erfolgt, weil der geführte Beweis zu einer Verurteilung nicht ausreichte, so muß der Entschädigungsanspruch versagt bleiben. Es würde dem Rechtsbewußtsein zuwiderlaufen, wenn auch solche Personen aus Staatsmitteln entschädigt werden müßten, die aus dem Verfahren hervorgehen, ohne von dem auf ihnen lastenden Verdachte befreit zu sein, und nicht selten trotz ihrer Freisprechung von der Volksstimme als Schuldige bezeichnet werden. Andererseits geht der Entwurf ebenso wie das Gesetz vom 20. Mai 1898 davon aus, daß es zur Feststellnng der Unschuld nicht des positiven Beweises bedarf, daß der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen hat, daß die Tat also entweder überhaupt nicht oder von einem anderen begangen ist, oder sonstige Umstände vorliegen, welche die Möglichkeit ausschließen, daß der Angeklagte die Tat begangen haben könnte. Vielmehr soll es genügen, wenn der gegen den Verhafteten vorhanden gewesene Verdacht vollständig beseitigt ist. Keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze bedarf es, daß bloße Strafausschließungsgründe im Gegensatz zu Schuldausschließungsgründen und der bloße Mangel von Voraussetzungen oder Bedingungen der Strafverfolgung nicht geeignet sind, die Unschuld und demgemäß einen Entschädigungsanspruch des Freigesprochenen zu begründen. Hierher werden beispielsweise zu rechnen sein die Fälle der §§ 4 bis 6 des Strafgesetzbuchs (Unzulässigkeit der Strafverfolgung wegen Begehung im Auslande), der §§ 61, 64 (mangelnder Strafantrag, Rücknahme des Strafantrags) und des § 66 (Verjährung). Ferner gehören dahin die persönlichen Strafausschließungsgründe bei einzelnen Deliktsarten (zu vergleichen §§ 173, 209, 247, 257) sowie der Mangel der Ermächtigung in den Fällen der §§ 99, 101, 197 oder der Verbürgung der Gegenseitigkeit in den Fällen der §§ 102, 103. Auch die Fälle, in denen der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung der Strafverfolgung entgegensteht, kommen hier in Betracht. Es würde der Billigkeit nicht entsprechen, eine Entschädigung Personen zu gewähren, die eine an sich für strafwürdig erklärte Handlung begangen haben, und nur deshalb Freisprechung erlangen, weil Umstände vorliegen, welche die Strafloſigkeit begründen oder eine Strafverfolgung ausschließen. Anders liegt die Sache, wenn Freisprechung wegen Mangels des erforderlichen subjektiven Tatbestandes (§ 59 St.G.B)

oder eines anderen Schuldausschließungsgrundes, insbesondere wegen solcher Umstände erfolgt, von denen das Gesetz annimmt, daß bei dem Vorliegen derselben eine strafbare Handlung überhaupt nicht gegeben ist (zu vergleichen §§ 51 bis 54 St.G.B.). Ist die Freisprechung aus einem derartigen Grunde erfolgt, so kommt es darauf an, ob das Gericht das Vorhandensein des Schuldausschließungsgrundes für erwiesen erachtet, beispielsweise die Überzeugung gewonnen hat, daß der Angeklagte die Tat in einem seine freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit verübt hat. Solchenfalls ist der Freigesprochene in rechtlicher wie in tatsächlicher Beziehung als unschuldig anzusehen, und es wird ihm ein Entschädigungsanspruch innerhalb der in der Vorlage gezogenen Grenzen nicht zu versagen sein.

Nach dem Gesetze vom 20. Mai 1898 sollen die Ergebnisse des Wiederaufnahmeverfahrens verwertet werden, um auch über die Frage der Unschuld des Freigesprochenen eine Entscheidung zu erzielen; denn im § 1 Abs. 1 wird der Anspruch auf Entschädigung nur dann gewährt, wenn das Wiederaufnahmeverfahren die Unschuld des Verurteilten ergeben oder doch dargetan hat, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt.

Dieser Grundsatz muß auch bei der gegenwärtigen Regelung zur Anwendung kommen. Es geht nicht an, die Unschuld des Angeklagten zum Gegenstande besonderer Erhebungen zu machen und damit dem Strafverfahren, das die Frage zum Austrage bringen soll, ob der staatliche Anspruch auf Bestrafung begründet sei oder nicht, einen Bestandteil einzufügen, der dem eigentlichen Zwecke dieses Verfahrens fremd ist. Unter Umständen könnten die in Frage kommenden Erhebungen einen so erheblichen Umfang annehmen, daß dadurch das eigentliche Strafverfahren ganz in den Hintergrund gedrängt und sein geordneter Gang gestört würde. Außerdem wäre, wenn den in Untersuchungshaft genommenen Beschuldigten ein Recht auf Ermittelung und Feststellung ihrer Unschuld zugestanden würde, das gleiche Recht auch anderen Beschuldigten kaum zu versagen. Denn die Feststellung der Unschuld kann für diese einen Wert besitzen, der viel bedeutender ist als das Geldinteresse, das sich für den Untersuchungsgefangenen an die Entschädigung für die Entziehuug der Freiheit knüpft.

Aus diesen Gründen darf, entsprechend dem im Wiederaufnahmeverfahren geltenden Grundsatze, die Entschädigung des Beschuldigten für erlittene Untersuchungshaft von vornherein nicht über die Fälle hinauserstreckt werden, in denen schon die aus Anlaß der Strafverfolgung vorgenommenen Ermittelungen zugleich die Unschuld des Verhafteten dargetan haben. Nur in diesen Fällen kann, ohne daß ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Unschuld Platz greift, das Gericht gleichzeitig mit seiner das Strafverfahren beendigenden Entscheidung die Entschädigungsverpflichtung der Staatskasse aussprechen.

Hieraus ergibt sich die weitere Folge, daß ein Entschädigungsanspruch nur dann in Frage kommen kann, wenn das Strafverfahren bereits bis zu einer gerichtlichen Entscheidung gediehen ist. Die Fälle, in denen das Verfahren durch Verfügung der Staatsanwaltschaft eingestellt wird, können im Rahmen des Entwurfs keine Berücksichtigung finden. Sie eignen sich schon deshalb nicht zur Gewährung eines im Wege Rechtens verfolgbaren Anspruchs auf Entschädigung, weil das gerichtliche Organ fehlt, das ohne weiteres Verfahren über den Anspruch entscheiden könnte. Wollte man die Staatsanwaltschaft selbst mit der Entscheidnng über die Entschädigungsverpflichtung betrauen, so würde dies mit dem Charakter des Anspruchs als eines Rechtsanspruchs in Widerspruch stehen, auch an dem gegenwärtigen Rechtszustande kaum etwas ändern, da aus den bereitstehenden Etatsmitteln schon jetzt im Verwaltungswege eine billige Entschädigung gewährt werden kann. Überdies bedeutet die Einstellung durch Verfügung der Staatsanwaltschaft keine endgültige Erledigung des Strafverfahrens, da die Wiederaufnahme der Verfolgung und die Erhebung der öffentlichen Klage jederzeit statthaft bleibt, ohne daß es neuer Tatsachen oder Beweismittel bedarf. Die Gewährung eines Rechtsanspruchs auch in diesen Fällen kann daher leicht mit dem späteren Verlaufe der Sache in Widerstreit geraten. Dies würde aber zu einer Verwirrung des Rechtsbewußtseins und zu einer Beeinträchtigung des Ansehens der Rechtspflege mit Notwendigkeit führen.

Zur Begründung einzelner Vorschriften ist noch folgendes zu bemerken:

§ 1. Im Abs. 1 werden neben den freigesprochenen Personen diejenigen erwähnt, welche durch Beschluß des Gerichts außer Verfolgung gesetzt sind. Hierunter sind alle Personen zu verstehen, hinsichtlich deren die Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, und zwar im letzteren Falle ohne Unterschied, ob eine Voruntersuchung vorausging oder nicht. Der Gebrauch der Worte „außer Verfolgung setzen" ist zwar nur für den Fall, daß eine Voruntersuchung stattgefunden hat, in der Strafprozeßordnung ausdrücklich vorgeschrieben (§ 202 Abs. 2); der Ausdruck umfaßt aber der Sache nach zugleich die Fälle, in denen der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung, oder weil die im Antrage bezeichnete Tat unter kein Strafgesetz fällt, abgelehnt (§ 178) oder auf unmittelbare Anklageerhebung die Nichteröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird (§ 202 Abs. 1). Auch an anderen Stellen der Strafprozeßordnung wird der Ausdruck im weiteren Sinne gebraucht (zu vergleichen §§ 123, 499, 503 Abs. 2).

§ 2. Der Abs. 1 stimmt mit § 1 Abs. 3 des Gesetzes vom 20. Mai 1898 überein. Im Anschluß an dieses Gesetz ist daran festgehalten, daß es sich nicht empfiehlt, den Entschädigungsanspruch bei jeder Fahrlässigkeit auszuschließen. Erfahrungsgemäß ist die Untersuchungshaft gerade von Unschuldigen nicht selten durch ein un-

besonnenes Verhalten verschuldet, zu dem sie sich in unbegreiflicher Furcht und Bestürzung leicht verleiten lassen. Die Entschädigung auch hier zu versagen, würde eine unbillige Härte sein. Unter welchen Voraussetzungen das Verhalten des Verhafteten als ein grob fahrlässiges anzusehen ist, welches den Verlust des Anspruchs rechtfertigt, ist dem billigen Ermessen des Gerichts zu überlassen. Kasuistisch besondere Fälle dieser Art im Gesetze selbst hervorzuheben oder in entgegengesetzter Richtung nach dem Vorbilde des § 1 Abs. 4 des Gesetzes vom 20. Mai 1898 zu bestimmen, daß die Versäumung eines Rechtsmittels niemals als grobe Fahrlässigkeit gelten soll, empfiehlt sich nicht.

Die Vorschriften in Abs. 2, 3 bezwecken, dem Gerichte zu ermöglichen, die Gewährung einer Entschädigung auszuschließen, wenn sie mit dem Rechtsbewußtsein in offenbaren Widerspruch treten würde. Es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Angeklagter im Rechtssinn unschuldig ist und deshalb freigesprochen werden muß, daß aber gleichwohl, weil sein zur Untersuchung gezogenes Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, ein solcher Makel an ihm haften bleibt, daß es das Rechtsgefühl schwer verletzen würde, wenn ihm für eine erlittene Untersuchungshaft auch noch aus öffentlichen Mitteln eine Entschädigung gewährt werden müßte. Dahin gehört z. B. der Fall, daß der Verhaftete bei der Veranstaltung eines Einbruchdiebstahls gefaßt und wegen Versuchs dieses Verbrechens angeklagt worden ist, aber freigesprochen wird, weil nach dem Beweisergebnisse der Tatbestand nur eine nach dem geltenden Rechte straflose Vorbereitungshandlung zum Diebstahle darstellt. Es gehört dahin ferner der Fall, daß dem Angeklagten eine Freiheitsberaubung zur Last gelegt worden ist, er aber freigesprochen wird, weil die von ihm beabsichtigte Freiheitsberaubung nicht zur Vollendung gelangt, der Versuch dieses Vergehens aber nicht strafbar ist. Ebenso verhält es sich, wenn der Verhaftete einer Hehlerei an gestohlenem Gelde sich schuldig gemacht haben soll, aber freigesprochen wird, weil das von ihm verheimlichte Geld selbst nicht gestohlen, sondern ihm vom Diebe nach der Umwechslung der wirklich gestohlenen Stücke aus dem Wechselerlöse zugebracht worden war. In derartigen Fällen ist der Freigesprochene im Rechtssinn als unschuldig anzusehen, es ist aber zweifellos, daß die Gewährung einer Entschädigung an ihn als eine geradezu unerträgliche Verletzung des öffentlichen Rechtsbewußtseins empfunden werden würde. Ähnlich ist die Sachlage, wenn sich der Verhaftete hart an der Grenze strafbaren Unrechts, z. B. des Betrugs oder des Wuchers bewegt hat, aber in Ermangelung des vollen Tatbestandes einer strafbaren Handlung freigesprochen werden muß, oder wenn jemand nicht ohne sein Verschulden in den Zustand sinnloser Trunkenheit gerät und in diesem Zustand eine strafbare Handlung begeht. Wenn die angeführten Fälle es rechtfertigen könnten, den Ausschluß einer Entschädigung ohne weiteres kraft Gesetzes eintreten zu lassen, so ist andererseits zu berücksichtigen, daß der Vorstoß gegen die guten Sitten nicht immer so erheblich zu

sein braucht, um unter allen Umständen eine so schwere Folge wie den Verlust des Entschädigungsanspruchs daran zu knüpfen. Bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle bleibt kein anderer Weg, als das richterliche Ermessen darüber entscheiden zu lassen, ob der Umstand, daß der Verhaftete gegen die guten Sitten verstoßen hat, es rechtfertigt, ihm trotz des Nachweises, daß er bezüglich der ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung unschuldig ist, die Entschädigung zu versagen.

Der gleiche Grundsatz ist solchen Personen gegenüber zur Anwendung zu bringen, die innerhalb einer nicht zu weit zurückliegenden Zeit wegen schwerer oder wegen wiederholter strafbarer Handlungen verurteilt worden sind. Bei der Verfolgung gewisser Verbrechen, z. B. bei Einbruchsdiebstählen oder bei Sittlichkeitsdelikten, wird sich der Verdacht häufig auf Personen lenken, die sich ähnlicher Verbrechen bereits schuldig gemacht haben. Werden solche Personen als verdächtig in Haft genommen und stellt sich dann für den vorliegenden Fall ihre Unschuld heraus, so kann es nicht für angängig erachtet werden, ihnen ausnahmslos einen Anspruch auf Entschädigung zu gewähren. Der Verdacht, der zu ihrer Verhaftung geführt hat, ist die unvermeidliche Folge ihres früheren, aus dem Gedächtnis ihrer Umgebung noch nicht geschwundenen verbrecherischen Verhaltens.

* * *

Soweit die offizielle Begründung.

Dem Entwurf läßt sich nicht in allen Punkten beipflichten.

1. Formale Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs soll nach § 1 Freisprechung oder gerichtliche Außerverfolgungsetzung sein. Die Motive erläutern letzteren Ausdruck dahin, daß nicht bloß die Außerverfolgungsetzung nach geführter Voruntersuchung (St.P.O. § 202 Abs. 2), sondern jede gerichtliche Entscheidung, daß kein Hauptverfahren stattfinden solle, gemeint seien. Nun bietet sich als umfassender Ausdruck der Terminus „Einstellung des Verfahrens“ (die Außerverfolgungsetzung ist eben auch eine solche). Um Mißverständnisse auszuschließen, sollte deshalb die Ausdrucksweise des Gesetzes selber dem Sinn der Stelle angepaßt werden.

2. Unberücksichtigt bleiben die Fälle, in denen zwar eine Freisprechung oder Einstellung nicht erfolgt, aber die Verurteilung nur unter einem rechtlichen Gesichtspunkt erfolgt, unter dem die Verhaftung nicht zulässig (St.P.O. § 113) oder nicht veranlaßt war. Die Billigkeit erheischt, daß diese Fälle ungerechtfertigter Untersuchungshaft jenen andern gleichgestellt werden.

3. Ausdrücklich abgelehnt wird in den Motiven die Gewährung einer Entschädigung in dem Falle, daß nicht das Gericht gesprochen hat, sondern die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen den Verhafteten eingestellt hat. Aber wenn sogar schon die Staatsanwaltschaft zur Einstellung gelangt ist, so ist doch dokumentiert, daß der Fall noch viel weniger die Verhängung der Untersuchungshaft recht-

fertigte, als wenn es sich um Sachen handelt, die mittels Klage an das Gericht gebracht worden sind. Man nehme den Fall, daß auf eine verleumderische Denunziation eines scheinbaren Ehrenmannes hin ein völlig Unbescholtener verhaftet worden ist, und daß es schon im Ermittelungsverfahren gelingt, die Verleumdung zu entlarven. Soll da kein Entschädigungsbedürfnis vorliegen? Die von den Motiven vorgebrachten Gegengründe erscheinen nicht stichhaltig. Erstlich heißt es hier: es fehle an einem gerichtlichen Organ, das den Beschluß über Entschädigung fassen könne. Aber an dieser doktrinären Klippe dürfte doch die Gerechtigkeit nicht scheitern! Wäre es denn unerhört, den Amtsrichter, der den Haftbefehl verhängt hat, über die Entschädigungsfrage entscheiden zu lassen? Oder wenn man das nicht will, könnte man nicht den mit einer ganz ähnlichen Sachlage rechnenden § 501 Abs. 2 St.P.O. nachahmen? Sodann wird betont, die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft bedeute keine endgültige Erledigung der Sache. Das ist de jure richtig; aber in zahllosen Fällen ist die Sache doch de facto mit der Einstellung abgetan; und da ja in allen Fällen zu prüfen bleibt, ob sich die Unschuld ergeben oder ein begründeter Verdacht weggefallen ist — so ist die Gefahr, daß einem Unwürdigen, der später noch der Bestrafung entgegengeführt wird, eine Entschädigung zufließt, hier kaum größer, als da, wo es sich um Prozeßerledigung durch Freisprechung oder durch gerichtliche Einstellung handelt. Endlich wird bemerkt, daß bei staatsanwaltschaftlicher Einstellung die Möglichkeit bestehe, im Verwaltungswege eine billige Entschädigung zu gewähren. Aber die Tendenz des Gesetzes ist es doch gerade, das bloße Ermessen durch eine feste Rechtsgrundlage zu ersetzen. Diese Begründung würde das ganze Gesetz überflüssig erscheinen lassen, wenn anders eben das „Ermessen" einen befriedigenden Zustand bedeutete!

4. Was die Motive über den Begriff des „begründeten Verdachts" sagen, daß er nämlich durch bloße Strafausschließungsgründe und durch Hindernisse der Strafverfolgung nicht als ausgeschlossen gelten sollte, müßte eigentlich zu einer Präzisierung des § 1 dahin führen, daß der begründete Verdacht näher umschrieben würde, als ein begründeter Verdacht, „daß der Beschuldigte schuldhaft rechtswidrig den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt habe". Freilich ist auch der § 1 des R.G. vom 20. Mai 1898 über die Entschädigung unschuldig Bestrafter ebenso unpräzis gefaßt.

5. Eine Art juristisches Novum bedeutet die in § 2 Abs. 2 und 3 vorgesehene Bestimmung, daß der Anspruch aus bestimmten Gründen „ausgeschlossen werden könne". Was heißt das? Die Motive erklären, daß durch diese Wendung die Entscheidung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden solle. Aber „schließt" denn hier das Gericht „den Anspruch aus"? d. h.: macht der gerichtliche Ausspruch einen bestehenden Anspruch hinfällig (destruktive Wirkung!)? Doch offenbar nicht! Besteht in diesen Fällen ein Anspruch oder besteht keiner? Augenscheinlich nicht! Sondern: obwohl

kein Anspruch besteht, soll das Gericht doch die Ermächtigung haben, konstitutiv den Anspruch zu schaffen. Korrekterweise muß also eine Änderung des Textes dahin erfolgen, daß gesagt wird: Unter den und den Voraussetzungen ist ein Anspruch nicht begründet; das Gericht kann jedoch usw.

6. Inhaltlich ist es zu billigen, daß der § 2 eine Entschädigung ins richterliche Ermessen stellen will, wenn die Tat, um derentwillen Verhaftung erfolgt war, trotz Straflosigkeit als Verstoß gegen die guten Sitten erscheint. Dagegen erscheint die in § 2 Abs. 3 vorgesehene Bestimmung als eine schwere Unbilligkeit. Auch bei dem schon Vorbestraften kann die Untersuchungshaft genau ebenso ein schwerer Mißgriff sein, wie bei dem Unbescholtenen. Das semper aliquid haeret mag zwar für die subjektive Auffassung der Strafverfolgungsorgane eine besondere Geneigtheit zur Annahme des Verdachts der neuen Tat schaffen; aber gegen die Irrtümer der Strafverfolgungsorgane will ja das Gesetz gerade Schutz gewähren. Objektiv betrachtet ist eine ungerechtfertigte Untersuchungshaft gegen Vorbestrafte genau so unbillig wie gegen andre.

7. Der § 5 knüpft an die Eröffnung einer ungünstigen Wiederaufnahme bezw. an die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen einen durch Beschluß für entschädigungsberechtigt Erklärten die Folge, daß dieser letztere Beschluß unausgeführt bleiben soll. Dies mit Recht. Abs. 2 verfügt aber weiter, daß alsdann eine schon gezahlte Entschädigung zurückgefordert werden kann. Nun ist doch aber mit der Wiederaufnahme bezw. dem Eröffnungsbeschluß noch kein Definitivum geschaffen, sondern die Frage nach der Entschädigungsberechtigung nur in suspensum getreten; es kann sein, daß schließlich doch wieder Freisprechung der in § 1 bezeichneten Art eintritt. Der Zeitpunkt zu einer „Rückforderung" ist also noch keineswegs gekommen. Das fait accompli, daß die Auszahlung schon erfolgt ist, muß respektiert bleiben (schon um die Weiterungen einer abermaligen Beschlußfassung über Entschädigung ꝛc. zu vermeiden). Korrekt würde also nur die Bestimmung sein, daß der Staatskasse im Falle des § 5 die Ausbringung eines Arrests anheimgegeben würde.

* * *

Im Reichstage gelangte der Entwurf am 3. und 4. Februar 1904 zur ersten Lesung. Weitgehende Mißbilligung fand besonders die Bestimmung, daß der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen sein solle, wenn sich die Tat, derentwillen Verhaftung erfolgt war, als Verstoß gegen die guten Sitten darstelle, sowie die Beschränkung der Entschädigung auf die Fälle, in denen die Strafsache an das Gericht gelangt war. Bemängelt wurde weiter, daß die Entschädigung nach dem Entwurf bei grobfahrlässiger Herbeiführung der Untersuchungshaft entfallen solle; daß derjenige keinen Entschädigungsanspruch haben solle, der zuvor Verbrechen usw. begangen habe; daß der Entwurf nur Vermögensschaden vergüten wolle. Ein Redner erklärte sich auch

gegen die für die Geltendmachung des Anspruchs gesetzten Präklusivfristen; mindestens müsse eine Belehrung des Anspruchsberechtigten über diese Fristen und die Rechtsfolgen ihrer Nichteinhaltung vorgeschrieben werden. Der Entwurf wurde schließlich an eine 14gliedrige Kommission verwiesen.

16a. In überwiegend günstigem Sinne bespricht Hamm in der Deutschen Juristenzeitung[31]) den vorstehend bezeichneten Gesetzentwurf. Nur in 3 Punkten wünscht er eine Änderung.

1. Ungerechtfertigt sei die Ausschließung des Anspruchs in dem Falle, wenn die Tat, derentwegen Untersuchungshaft verhängt war, sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstelle; es dürfe nur auf die Strafbarkeitsfrage ankommen. Jedoch könne in einem gegen die guten Sitten anlaufenden Verhalten unter Umständen eine grobfahrlässige Herbeiführung der Untersuchungshaft liegen (insofern nämlich bei solchem Verhalten der Verdacht der Begehung einer Straftat besonders nahe liege); der Entwurf sei in diesem Sinne umzugestalten.

2. Der Verf. mißbilligt die Nichtgewährung einer Entschädigung bei staatsanwaltschaftlicher Einstellung. Seltsamerweise will er aber, statt einfach auch in diesem Falle den Entschädigungsanspruch direkt zu geben, auf einem — auch schon an und für sich überaus fremdartigen — Umwege helfen: es soll im Falle der staatsanwaltschaftlichen Einstellung jedem Beschuldigten das Recht gegeben werden, die Eröffnung einer Voruntersuchung, event. die Anklageerhebung gegen sich zu verlangen (so daß alsdann das Gericht befaßt würde, und der Entwurf im Punkte der Entschädigungsfrage unverändert bliebe) — ein Vorschlag, der im Grunde den Strafprozeß total auf den Kopf stellt!

3. Endlich bemängelt Verf. (zum Teil mit Recht, vgl. oben Bericht 16), daß nach dem Entwurf der die Entschädigungspflicht aussprechende Beschluß schon dann außer Kraft treten solle, wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet oder die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen sei.

Die allgemeinen Erörterungen, die Hamm diesen Spezialvorschlägen vorausschickt, fordern übrigens in folgenden Punkten zum Widerspruch heraus: Einmal meint er, es liege kein irgendwie belegter Anhalt dafür vor, daß im allgemeinen von der Untersuchungshaft zu viel und zu leicht Gebrauch gemacht werde. Und doch kommt es sehr häufig vor — was nur selten vorkommen dürfte — daß gegen einen in Untersuchungshaft Befindlichen wegen Fehlens eines auch nur „hinreichenden" Verdachts das Verfahren staatsanwaltschaftlich eingestellt oder die Nichteröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird. Sollte hier wirklich immer z. B. des Haftbefehlserlasses ein dringender Verdacht vorgelegen haben, der dann derart abgeschwächt wurde, sodaß er später nicht einmal mehr zur Eröffnung des Hauptverfahrens hinreichend war? Oder sollte nicht vielmehr regel-

[31]) Bd. IX S. 177.

mäßig das Verdachtsmaterial z. Z. der Verhaftung nur ebenso stark wie nachher oder gar geringer stark gewesen sein? Lag aber z. Z. des Haftbefehls eben nur „hinreichender" Verdacht oder weniger vor, so war eben der Haftbefehl glattweg unzulässig! Und ferner: Wie steht es mit der Gepflogenheit, in Schwurgerichtssachen stets Untersuchungshaft eintreten zu lassen (worauf in Preußen die Staatsanwaltschaft sogar nach justizministerieller Anweisung antragen muß)? Ist es denn wahr, daß in jeder an das Schwurgericht gebrachten Sache der für Verhaftung erforderliche dringende Tatverdacht obwaltet? Der Entgegnung, vor das Schwurgericht würden eben nur Sachen mit dringendem Tatverdacht gebracht, würde das Gesetz entgegenstehen, denn danach muß das Hauptverfahren auch vor dem Schwurgericht schon bei „hinreichendem" Verdacht eröffnet werden. Dabei soll noch gar nicht veranschlagt werden, daß gewiß nicht in allen Schwurgerichtssachen Fluchtverdacht besteht. Der Hinweis auf St.P.O. § 112[1] verfängt nicht, denn § 112[1] bietet nur eine Präsumtion, deren mechanische Handhabung eine Sünde gegen den Geist des Gesetzes ist.

Ebenso fehl geht die Behauptung Hamms, zwischen der Entschädigung für Bestrafung ohne Schuld und der Entschädigung für Verhaftung ohne Grund bestehe keine Analogie. Jene werde wegen eines Fehlers oder Irrtums der Justiz gewährt und sei nur Sache der Billigkeit. Das scheint doch nur ein Spielen mit Worten zu sein. Wenn Hamm sich darauf beruft, daß die Untersuchungshaft in den in Betracht kommenden Fällen regelmäßig auf Grund der gesetzlichen Voraussetzungen verhängt, also „rechtmäßig", nicht fehlerhaft oder irrig gewesen sei, so übersieht er, daß es sich dabei doch nur um das Vorliegen der formalen Voraussetzungen handelt, während die wahre Berechtiguug zur Verhaftung — von höherer Warte aus betrachtet — eben fehlte. Das ist genau dasselbe wie bei Entschädigung wegen schuldlos erlittener Bestrafung: auch hier lagen ja doch alle formalen Voraussetzungen für das Strafurteil vor, und nur die materielle Sachlage ist verkannt worden. Der Parallelismus ist unbestreitbar.

17. Einen Ausbau des Strafbefehlsverfahrens befürwortet Fürst in der Juristischen Wochenschrift[32]), und zwar in der Hauptsache im Sinne einer Erweiterung seiner Zulässigkeit behufs Entlastung der Gerichte von Bagatellsachen, Verringerung der Zahl der Eide und damit der Meineide, sowie der Kostenlast, wie auch behufs Hebung der Bedeutung der gerichtlichen Strafoerhandlungen. Eine höhere Strafgrenze sei freilich nicht zuzulassen, wohl aber seien auch auf der andern Seite Freiheitsstrafen nicht auszuschließen. Dagegen sei die Zulässigkeit des Strafbefehls auf zahlreiche Überweisungsdelikte (G.V.G. § 75) zu erstrecken, z. B. Widerstand gegen die Staatsgewalt, gefährliche Körperverletzung usw.; so zwar, daß die Strafkammer zu befinden haben solle, ob ein Strafbefehl am Platze sei, und der

[32]) Bd. XXXII. S. 417.

Amtsrichter daraufhin den Strafbefehl erlasse. Zu beseitigen sei die Bestimmung, daß ein Strafbefehl nur bei völliger Übereinstimmung zwischen Staatanwaltschaft und Gericht erlassen werden könne; es müsse das Einverständnis darüber genügen, daß sich die Sache zur Abmachung durch Strafbefehl eignet. Eine Erschwerung des Verfahrens sei in dem Sinne wünschenswert, daß ein Strafbefehl nur nach vorgängiger richterlicher (eventuell staatsanwaltlicher, mit Unterschrift des Beschuldigten zu Protokoll gebrachter) Anhörung erlaßbar sei. Gegen Jugendliche seien Strafbefehle zuzulassen, jedoch müsse die Zustellung des Strafbefehls auch an den gesetzlichen Vertreter vorgeschrieben werden, sofern der Beschuldigte unter 18 Jahren sei; dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen müsse ein Einspruchsrecht gewährt, jedoch müsse dem über 18 Jahre Alten das Recht gegeben werden, den Einspruch des gesetzlichen Vertreters auch ohne dessen Zustimmung zurückzunehmen (wegen der Gefahr einer reformatio in pejus). Die sich an das Strafbefehlsverfahren anknüpfenden Streitfragen müßten abgeschnitten werden; insbesondere müsse das Gesetz dem Strafbefehl deutlich volle Rechtskraftfähigkeit beilegen. Zu beseitigen sei St.P.O. § 452 Abs. 2.

Bibliographische Notizen.

Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Beling.

1. **Schupp**, Anton, Rechtslehre, enthaltend die Grundzüge des Militärstrafrechts, des Militärstrafverfahrens, des Privat-, Staats- und Völkerrechts, ... zum Gebrauche in den Militärakademieen. Teil II: Österreichisch-ungarisches Staatsrecht. Wien u. Leipzig. Braumüller, 1902.

Der erste Teil dieses Werkes ist in Z XX 680 angezeigt. Der jetzt vorliegende zweite Teil enthält eine verhältnismäßig ausführliche Einleitung, die die Geschichte der österreichisch-ungarischen Monarchie skizziert, und sodann 4 Hauptabschnitte: 1. Österreichisch-ungarische Monarchie; 2. Verfassung der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder; 3. Verfassung der Länder der ungarischen Krone. 4. Okkupationsgebiet.

2. **Posener**, Paul, Grundriß des gesamten deutschen Rechts in Einzelausgaben, Bd. 8: Gerichtsverfassung; Bd. 15: Strafrecht; Bd. 16: Strafprozeß; Bd. 17: Militärrecht. Berlin, Guttentag, 1900—1901.

Repetitorien, die als solche brauchbar sind, aber hoffentlich nur als solche werden benutzt werden.

3. **Themistor Unberufen**, Die Selbstverteidigung in Strafsachen, Halle, Borst, 1901.

Ein Leitfaden für Beschuldigte. Nicht fehlerfrei und stellenweise zu Mißverständnissen Anlaß gebend.

4. **Marcus**, Conrad, Die Lüge vor Gericht. Eine Kritik der neueren Bestrebungen zum Zwecke der Änderung der Reichsjustizgesetze. Leipzig, Dieterich, 1901.

Der Verf. bekämpft die Auffassung, daß der Eid eine religiöse Handlung sei Dagegen spreche insbesondere der Umstand, daß er erzwungen werde. Im Zusammenhang damit tritt die Schrift für Bestrafung jeder Lüge vor Gericht und für gänzliche Beseitigung des Eides ein.

5. **v. Muralt**, Johannes, Die parlamentarische Immunität in Deutschland und der Schweiz, mit Berücksichtigung der Entwickelung derselben in England und Frankreich. Zürich, Schultheß & Co., 1902.

Die Schrift ist der Darstellung sowohl der materiell strafrechtlichen, zivilrechtlichen und disziplinären, wie auch der strafprozessualen Sonderstellung der Abgeordneten gewidmet und behandelt die bekannten einschlägigen Streitfragen in klarer und geschickter Weise. Konstruktiv bietet sie keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte. Dagegen ist sie insofern beachtenswert, als sie die Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung für das schweizerische Bundes- und Kantonsrecht verwertet, was bisher noch nicht geschehen war. Im Allgemeinen stellen sich bei der Vergleichung des schweizerischen Rechts mit dem deutschen tiefgreifende Differenzpunkte nicht heraus; im Einzelnen sind natürlich manche Abweichungen vorhanden.

6. **Spohn**, Major u. Bataillonskommandeur, Die Disziplinarstrafgewalt des Kompagnie-, Eskadrons- und Batterie-Chefs, 2. Aufl., Berlin, Eisenschmidt, 1902.

Das Werkchen behandelt zunächst die Bedeutung der Heeresdisziplin, den Zweck, die Abmessung und Steigerung der Disziplinarstrafen, sowie die Fassung des Disziplinarstrafstenors, alles unter Einfügung erläuternder Beispiele Der zweite Abschnitt gibt einen Überblick über die Zuständigkeit der in Betracht kommenden Befehlshaber zur Disziplinarstrafverfügung. Der letzte, den Hauptteil ausmachende Abschnitt endlich behandelt die einzelnen Disziplinarstrafen und ihre zweckmäßige Anwendung, sowie die einzelnen Disziplinarvergehen.

Digitized by Google

7. **Jahrbuch der Preußischen Gerichtsverfassung, 25. Jahrgang.** Bearbeitet im Justizministerium. Erster Teil: Allgemeine Darstellung der Gerichtsverfassung in Preußen. Berlin, v. Decker, 1902.

In bekannter gediegener Weise bietet dieser erste Teil des „Jahrbuchs" einen vollständigen Überblick über Alles, was zur Preußischen Gerichtsverfassung — das Wort in einem sehr weiten Sinne genommen — gehört. Der erste Abschnitt stellt dar die Behörden für die Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit (hier im Einzelnen: Gerichte, Staatsanwaltschaft, Referendare und Gerichtsassessoren, Rechtsanwaltschaft, Notare, Gerichtsschreiber und Bureaubeamte der Staatsanwaltschaft, Kassenbeamte, Kanzleipersonal, Gerichtsvollzieher, Gerichtsdiener, Gefängnisbeamte, Justizverwaltung); der zweite Abschnitt die besonderen Gerichte; der dritte Abschnitt die Disziplinarbehörden; der vierte Abschnitt die Verwaltungsbehörden mit gerichtlicher Organisation; der fünfte Schiedsrichter und Schiedsmänner.

Zu S. 192 mag es gestattet sein, ein Bedenken zu erheben. Nach preußisch-rechtlichen Bestimmungen soll Erhebung des Konflikts auch dann zulässig sein, wenn Personen des Soldatenstandes bei Civilgerichten belangt werden. Wo ist die reichsgesetzliche Grundlage für eine solche Bestimmung? § 11 E.G.V.G. spricht nur von „Beamten".

Besonders hingewiesen sei auf das sehr sorgfältig gearbeitete Sachregister.

8. Hermann **Daubenspeck**, Leitfaden für die Revision der Geschäfte bei den Preußischen Amts- und Landgerichten. 2. umgearbeitete Auflage. Berlin, Vahlen, 1902.

Ein Buch für die Beamten, die Preußische Amts- und Landgerichte zu revidieren haben, ungemein reichhaltig und sehr übersichtlich. Das Werk wird seinem Zwecke in vorzüglicher Weise gerecht.

9. **Über Proberelationen.** Eine Mitteilung aus der Justizprüfungskommission. 4. durchgesehene und vermehrte Auflage. Berlin, Vahlen 1902.

Das Werkchen ist allseitig bekannt und eingebürgert. Es genügt auf das Erscheinen der neuen — 4. — Auflage hinzuweisen.

10. **Reinhard**, Paul, Das Zwangsversteigerungsgesetz mit dem zugehörigen Einführungsgesetze, ausführlich erläutert. 2 Bde., Leipzig, 1901.

Ein umfangreicher und reichhaltiger Kommentar mit systematischer Anordnung der Erläuterungen. Vorausgeschickt sind 5 einleitende Paragraphen, die auf 36 Seiten in Kürze handeln über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und sein Verhältnis zur C.P.O., den Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung, deren Arten, die Häufung mehrerer Immobiliarvollstreckungsarten, und einer Immobiliarvollstreckung mit einer Mobiliarvollstreckung, sowie über den Verlauf des Verfahrens nach dem neuen Recht.

Die Motive und die Denkschrift zu den Gesetzentwürfen zieht der Verf. grundsätzlich in wörtlicher Citierung heran.

Durch zweckmäßigere Druckanordnung, namentlich durch Verwendung einer größeren Anzahl von Schriftarten würde das Buch an Übersichtlichkeit und damit an Wert gewinnen.

11. **Falkmann**, R., Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Zweite, gänzlich umgearbeitete Auflage, 2. Lieferung. Berlin, Siemenroth, 1902.

Enthält die 2. Lieferung, S. 173—276, des Z XX 681 angezeigten Werks; als Mitarbeiter ist Landrichter Steinhausen eingetreten. Die vorliegende Lieferung handelt von den Parteien im Zwangsvollstreckungsverfahren (allgemeine Grundsätze; der Gläubiger; der Schuldner; Zwangsvollstreckung gegen Erben mit beschränkter Haftung; gegen andere als die im Schuldtitel bezeichneten Personen; Zwangsvollstreckung gegen Miterben, gegen Vorerben und Nacherben.)

12. **Alexander-Katz**, Richard, Rechtsanwaltschaft und Patentanwaltschaft. Ein Vergleich der Berufsstellung Beider. Berlin, Liebmann, 1902.

Die kleine Schrift ist dem Nachweis gewidmet, daß die patentanwaltschaftliche Tätigkeit mit dem rechtsanwaltschaftlichen Beruf recht wohl vereinbar sei. Der Beruf des Patentanwalts sei ein freier wissenschaftlicher Beruf mit dem Hauptziel, dem Recht zur Geltung zu verhelfen, nicht bloß ein auf Gewinn abzielender Gewerbebetrieb. Das Arbeitsprogramm des Patentanwalts umfasse den gesamten gewerblichen Rechtsschutz in Vertretung und Beratung mit alleiniger Ausnahme der durch den Anwaltszwang der Rechtsanwaltschaft vorbehaltenen Tätigkeit. Nach der Patentanwaltsordnung vom 21. Mai 1900 §§ 1 und 17 sei es nun zweifellos zulässig, daß Rechtsanwälte sich in die Liste der Patentanwälte eintragen ließen, auch daß sie, ohne eingetragen zu sein, diese Tätigkeit ausübten. Aber auch die andere Frage, ob dies mit Rücksicht auf die Standespflichten des Rechtsanwalt angängig sei, sei uneingeschränkt zu bejahen.

13. Gewerbearchiv für das Deutsche Reich. Sammlung der zur Reichsgewerbeordnung ergehenden Abänderungsgesetze und Ausführungsbestimmungen, der gerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen der Gerichtshöfe des Reichs und der Bundesstaaten, sowie der wichtigsten, namentlich interpretatorischen Erlasse und Verfügungen der Centralbehörden. Herausgegeben von **Kurt v. Rohrscheidt.** Erster Band (4 Hefte). Zweiter Band (4 Hefte). Dritter Band, Heft 1 u. 2. Berlin, Vahlen, 1902—1904.

Ein neues reichhaltiges Centralorgan für Gewerberecht einschließlich des Gewerbestrafrechts. Die Zeitschrift ist gedacht als ein fortlaufender Kommentar der Gewerbeordnung, des Gewerbegerichtsgesetzes und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Das gesammelte Material ist nach der Legalordnung gruppiert. Besprechungen neuer Erscheinungen bilden den Schluß. Besonders angenehm fällt auf, daß die gerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen nicht nach einer sonst weit verbreiteten leidigen Mode lediglich nach ihrem Ergebnis, sondern samt Gründen abgedruckt sind.

14. **Henseling**, Major und Bataillonskommandeur. Die Kriegsartikel mit Erläuterungen. 4. Aufl. Berlin, Eisenschmidt, 1902.

Enthält eine kurze Erläuterung der (neuen) Kriegsartikel vom 22. September 1902, berechnet auf die Unterrichtung der Mannschaften durch die vorgesetzten Offiziere. Auf die kriminellen Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die Kriegsartikel ist an den einschlägigen Stellen hingewiesen.

15. **Halle**, Die (preußische) Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879. 2. neubearbeitete Auflage. Berlin, Vahlen, 1903.

Systematische Darstellung des preußischen schiedsmännischen Verfahrens für den Gebrauch des Schiedsmanns und des mit der Revision der schiedsmännischen Geschäftsführung beauftragten Richters. Als Anlagen sind beigefügt: Der Text der Schiedsmannsordnung und der für den Schiedsmann in Betracht kommenden Bestimmungen der Z.P.O., der St.P.O. und des St.G.B.; die Allg. Verf. des Justizministers v. 25. März 1896, betreffend die Ausführung des Stempelsteuergesetzes; 7 Muster zu schiedsamtlichen Verhandlungen und ein Verzeichnis der zur Ausführung der Schiedsmannsordnung ergangenen Verordnungen und Verfügungen. Ein Sachregister bildet den Schluß des kleinen Buchs.

16. **Eduard Hubrich**, Die Sprachenfreiheit in öffentlichen Versammlungen nach preußischem Recht. Ein Gutachten zur Polenfrage. Königsberg i. Pr., Gräfe & Unzner, 1903.

In scharfer Auseinandersetzung mit Zorn, der die Verwaltung für befugt erklärt, den Gebrauch der polnischen Sprache in öffentlichen Versammlungen zu hindern, vertritt und begründet Hubrich in überzeugender Weise die (auch vom Preußischen Oberverwaltungsgericht vertretene) Ansicht, daß das gegenwärtige Recht keine Handhabe zur Inhibierung des Polnisch-Sprechens biete.

17. **Joh. Bresler**, Oberarzt, Die Rechtspraxis der Ehescheidung bei Geisteskrankheit und Trunksucht seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Halle a. d. Saale, Carl Marhold, 1903.

Eine Zusammenstellung der gerichtlichen Urteile, die sich auf Geisteskrankheit (B.G.B. § 1569) und Trunksucht (B.G.B. § 1568) als Ehescheidungsgründe beziehen, mit eingeflochtenen eigenen Bemerkungen des Verfassers. Gelegentlich (S. 38) tritt der Verf. — mit Recht — für die Aufhebung des „veralteten Instituts der Medizinalkollegien" ein. Richter und Publikum glaubten regelmäßig, daß es sich bei Begutachtung durch das Medizinalkollegium um ein wirklich kollegiales Gutachten handle, während in Wahrheit immer nur 1 einzelner Psychiater das Gutachten abgebe, von dem noch nicht einmal erwiesen sei, daß er an Erfahrung und Tüchtigkeit dem Vordergutachter überlegen sei.

18. **F. Meili**, Reflexionen über die Exekution auswärtiger Zivilurteile. Zürich, Schultheß & Co., 1902.

Die Schrift gibt einen Überblick über den in den einzelnen Staaten auf Grund der nationalen Gesetzgebung und der Staatsverträge hinsichtlich der Vollstreckung auswärtiger Zivilurteile geltenden Rechtszustand und erhebt dann gegenüber der in Zukunft über die Materie zu schaffenden Gesetze und Staatsverträge folgende Postulate. Zu vermeiden sei die Statuierung eines Satzes, der die bedingungslose Exekutierbarkeit auswärtiger Zivilurteile schlechtweg proklamiert; denn noch fehle die Garantie dafür, daß das Ausland bei der Rechtsprechung in gleichem Geiste, wie das Inland, vorgehe. Überhaupt sei vor die Frage der Vollstreckung auswärtiger Urteile die Frage nach der Kompetenzregelung zu stellen. Es seien Staatsverträge anzustreben, durch die sich die Staaten über die fora einigten, und zwar so, daß lediglich solche fora bestimmt würden, die sich auf Grund der allgemeinen und universellen Rechsentwickelung herausgebildet hätten (forum domicilii für obligationenrechtliche Klagen, forum rei sitae für Streitigkeiten an Immobilien, forum der Erbschaft, forum der Prorogation, vielleicht außerdem forum delicti commissi für Deliktsobligationen, forum der Erfüllung für Wechselverpflichtungen, forum des Marktes für Maß- und Marktobligationen), unter Meidung aller exzeptionellen Gerichtsstände (des Erfüllungsortes, des Vermögens usw.). Sei dies nicht zu erreichen, so müßten wenigstens die Bestimmungen über die Exekution auswärtiger Urteile genau formuliert und insbesondere gesagt werden, nach welchem Rechte im Exekutionsstaate die Kompetenz des erkennenden Gerichts beurteilt werden müsse. — Übrigens sei zu empfehlen, daß bei Abschluß neuer Staatsverträge die Staaten für etwaige Streitigkeiten über die Auslegung der Staatsverträge den ständigen Gerichtshof im Haag für kompetent erklärten.

19. **Otto Warneyer**, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozeßrechts, 2. Jahrgang, Leipzig, Roßberg, 1904.

Eine Zusammenstellung der gesamten deutschen Spruchpraxis des Jahres 1900 zum B.G.B. und seinem E.G., zum F.G.G., zum Zw.V.G. und zur Grundbuchordnung, sowie der Jahre 1900 bis 1903 zum H.G.B., zur W.O., zur C.P.O., zur K.O. und zum Anfecht.Ges., nach der Legalordnung geordnet. Beigegeben sind Anführungen der in den Berichtsjahren erschienenen Literatur, insbesondere der in den juristischen Zeitschriften enthaltenen Abhandlungen. Dem Zwecke, eine schnelle Orientierung über den Stand der Rechtsprechung zu ermöglichen, wird das Buch in bester Weise gerecht. Daß nicht das Nachlesen der Entscheidungen selber durch das Werk überflüssig gemacht werden soll, ist in der Vorrede besonders betont.

20. **Kriminalprozesse aller Zeiten.** Otto Webers Verlag, Heilbronn a. N. Jeder Band 50 Pfg. Bd. I. Die Folter. Leibes- und Lebensstrafen. Die Hexenprozesse. Bd. II. Der Inquisitionsprozeß. Das moderne Verbrechen und seine Bekämpfung. Bd. III. Berühmte Giftmischerinnen. Der Mordprozeß Heinze. Bd. IV. Der Fall Rostin. Der Justizmord von Toulouse. Bd. V. Mord- und Lustmordprozesse. Berühmte Räuber- und andere Prozesse. Weibliche Straßenräuber.

Kein wissenschaftliches Unternehmen.

21. **Beiträge zur Psychologie der Aussage.** Mit besonderer Berücksichtigung von Problemen der Rechtspflege, Pädagogik, Psychiatrie und Geschichtsforschung. Unter Mitwirkung von Bernheim, Heymans, Meinong, Rein, Ufer, Hanns Groß, v. Lilienthal, v. Liszt, Cramer, Delbrück, Sommer u. A. herausgeg. von L. William Stern. Leipzig, Joh. Ambrosius Barth.

Eine neue Zeitschrift, die laut Einführung beabsichtigt, für ein weit verzweigtes Problem der angewandten Psychologie eine Arbeitsgemeinschaft der beteiligten Fachkreise herbeizuführen. Objekt der Problemstellung soll „die Aussage im weitesten Sinne des Wortes" sein, d. h. „jene Funktion, welche gegenwärtige oder vergangene Wirklichkeit durch menschliche Bewußtseinstätigkeit zur Wiedergabe zu bringen sucht." „Angestrebt wird die Kenntnis des logischen Wahrheitswerts und des moralischen Wahrhaftigkeitswerts der Aussagen, die Einsicht in die Bedingungen, die diese Werte positiv und negativ beeinflussen, und die Eröffnung von Wegen, auf denen sie vervollkommnet werden können." Als an dem Problem interessiert werden bezeichnet: die Psychologen, die Juristen, die Pädagogen, die Psychiater und Nervenärzte, die Geschichtsforscher, die Erkenntnistheoretiker und wissenschaftlichen Methodologen. Die Beiträge sollen in zwanglosen Heften erscheinen und enthalten: selbständige Abhandlungen, die experimentelle Bearbeitungen des Aussageproblems, kasuistische Sammlungen von lehrreichen Aussagephänomenen, theoretische und praktische Erörterungen zum Gegenstande haben; Eigenberichte, in denen Verfasser von anderweitig erschienenen Abhandlungen dem weiteren Interessentenkreise der Beiträge ihre Arbeit im Auszuge zugänglich machen; Diskussionen über die in den Heften zur Erörterung gestellten Fragen; endlich kleinere Mitteilungen verschiedener Art (Bibliographisches, Einzelbeobachtungen, kleinere Experimente, Vortragsberichte usw).

Die neue Zeitschrift, deren Herausgeber bereits durch seine aussagepsychologischen Experimente die Aufmerksamkeit auch des Juristen auf diese Probleme gelenkt hat, kann von den Theoretikern und Praktikern des Strafprozesses nur willkommen geheißen werden. Über ihren Inhalt, soweit er das strafprozessuale Gebiet berührt, soll in dieser Zeitschrift fortlaufend berichtet werden.

22. **Franz Schulz**, Die Beweislast im Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozesse. 2. Aufl. Coblenz 1903.

Auf 50 Seiten kleinen Formats, von denen sich S. 44—48 auf den Strafprozeß beziehen, bringt der Verf. eine Reihe aphoristischer Bemerkungen mit viel Kasuistik. Wissenschaftliche Bedeutung kommt der Schrift nicht zu.

23. **Karl Weien**, Aus dem Berliner Verbrecherleben. Enthüllungen aus der Praxis. 6. Aufl. Berlin o. J.

Plaudereien eines ehemaligen Berliner Kriminalkommissars über Gaunersprache, christliche Herbergen, Einbrecher, Verbrecherlokale, Louistum und Bauernfänger.

24. **Fritz Fielitz**, Kommentar zur Disziplinar-Strafordnung für die Kaiserliche Marine (vom 1. November 1902). Berlin, Mittler & Sohn, 1903.

Das praktische Werkchen ist eine der neuen Marine-Disziplinarordnung angepaßte neue Ausgabe des von demselben Verf. herrührenden Kommentars zur Marine-Disziplinarordnung vom 4. Juni 1891. Der Umfang des Buches ist wesentlich gewachsen, das Format ist größer geworden. Als Anlagen sind beigegeben: die Klasseneinteilung der Militärbeamten; ein Auszug aus den Bestimmungen über die Vollstreckung der Freiheitsstrafen an Bord; die Anweisung zur Führung der Strafbücher, nebst Formular; eine kommentierte Aufzählung der militärischen Vergehen, die in leichteren Fällen im Disziplinarwege geahndet werden können; die Kriegsartikel für die Marine, und die Marine-Beschwerdeordnung. Ein sehr ausführliches und sorgfältig gearbeitetes alphabetisches Sachregister macht den Schluß.

27.

Ausländiſche Rundſchau

Polen V.

Die polniſche ſtrafrechtliche Litteratur der Jahre 1892–1902.

Bericht von Profeſſor Dr. J. Roſenblatt in Krakau.

Seit unſerm letzten, im XII. Bande dieſer Zeitſchrift (S. 157—160) veröffentlichten Berichte über die polniſche ſtrafrechtliche Litteratur haben wir nichts über dieſelbe mitgetheilt; wir wollen daher das Verſäumte nachholen und hiermit wenigſtens eine flüchtige Ueberſicht der ſtrafrechtlichen Litteratur der letzten 10 Jahre darſtellen.

Es ſind auf obigem Gebiete folgende Schriften zu verzeichnen:

I. Aus dem materiellen Strafrechte.

Dr. Allerhand: Das Recht auf den Namen, Lemberg 1899. Eine zwar privat- reſp. verwaltungsrechtliche Abhandlung über den Gegenſtand, in welcher jedoch auch die ſtrafrechtliche Seite der Frage erörtert wird.

Dr. Aſchkenazy: Ueber die Gutmachung des Schadens als Bedingung der Verjährung ſtrafbarer Handlungen. Eine Polemik gegen eine (auch vom Berichterſtatter in der öſterreichiſchen Gerichtszeitung von 1900 beſprochene und angefochtene) Entſcheidung des öſterreichiſchen Kaſſationshofes in Wien vom 7. April 1900 Zl.: 1845 (Lemberger Revue für Recht und Verwaltung von 1900 S. 945—971).

Bieńczewski (Dr. Alfons): Der Entwurf eines neuen öſterreichiſchen Strafgeſetzes von 1893 in polniſcher Sprache. Przemyśl 1893.

Lachecki (Dr. Caſimir): Ueber die Kolliſion einer geſchützten Wortmarke mit einer Figuralmarke. Erörterung eines praktiſchen Falles in der Lemberger Revue für Recht und Verwaltung von 1900 S. 756—770.

Lozinski (Dr. Bronislaus): „Die Infamia, ein juriſtiſch-ſoziale Studie". Lemberg 1897. Eine ausführliche mehr philoſophiſche, als juriſtiſche Studie über die Ehre und deren Minderung, unter beſonderer Berückſichtigung der römiſchen Geſchichte.

Dr. Jendl Alfred: Ueber Ehrenbeleidigungen, in der Lemberger Revue von 1899. Eine Seminar-Arbeit über das Delikt der Ehrenbeleidigung nach öſterreichiſchem Strafrecht.

Krzymuski: Professor des Strafrechts an der Krakauer Universität: Ueber die Entschädigung für unbegründete Verurteilung in der Warschauer Gerichtszeitung 1893. Ein Bericht über das bezügliche österreichische Gesetz vom 16. März 1892 samt kritischen Bemerkungen des Verfassers.

Derselbe: Einige Bemerkungen über die Teilnahme am Verbrechen (Warschauer Gerichtszeitung 1893 S. 239).

Derselbe: „Ueber den untauglichen Versuch", Revue für Recht und Verwaltung. Lemberg 1894. Der Verfasser ist ein Anhänger der subjektiven Versuchstheorie und entwickelt seine diesbezügliche Ansicht. Dasselbe erschien auch in der Revue critique, Paris 1897.

Derselbe: Veröffentlichte in zweiter Auflage sein „Lehrbuch des Strafrechts vom Standpunkte der Wissenschaft und des österreichischen Rechts". Krakau 1902, zwei Bände. Es ist dies eine gründlich durchgearbeitete Lehre des gesamten österreichischen Strafrechts mit ausführlicher Berücksichtigung der Strafrechtswissenschaft und der Litteratur bis in die neueste Zeit.

Der erste Band stellt die allgemeine Lehre vom Verbrechen dar; der zweite Band die Lehre von der Strafe, sowie den besondern Teil des Strafrechts — die einzelnen Delikte.

Der erste allgemeine Teil ist auf breiter philosophischer Grundlage basiert. Der Verfasser untersucht eingehend die philosophischen Grundlagen des Strafrechts, erörtert die einzelnen Strafrechtstheorieen und entwickelt auch seine eigne Ansicht. Nach Ansicht des Verfassers basiert die Rechtsordnung der menschlichen Gesellschaft auf dem absoluten Grundsatze der Gerechtigkeit. Dieselbe kann jedoch die reellen Bedürfnisse des menschlichen Lebens, denen sie Schutz zu gewähren hat, nicht mißachten. Die Kardinalforderung der Gerechtigkeit geht daher dahin, daß zwischen dem Individuum als Mitglied der Gesellschaft und dem Staat als Organ, welches berufen ist, das Recht in der Gesellschaft zu verwalten, ein solches Verhältnis begründet werde, welches entsprechen würde dem, was die Gesellschaft vom Individuum und das Individuum von der Gesellschaft zu fordern berechtigt ist.

In der Kausalitätsfrage unterscheidet der Verfasser Ursache und Bedingung und erklärt anlehnend an Buri und Liszt, daß die Handlung eines Menschen dann als Ursache eines deliktischen Erfolges zu betrachten sei, wenn im Falle der Unterlassung der Handlung der Erfolg aus dem Grunde nicht eingetreten wäre, weil das ihn herbeiführende Moment nicht die Macht hätte, ihn hervorzurufen. Bei der Teilnahme am Verbrechen ist die Handlung des Thäters die Ursache, die Handlung des Gehilfen nur eine der Bedingungen des verbrecherischen Erfolges.

Bezüglich der internationalen Strafrechtsbestimmungen ist der Verfasser der Ansicht, daß nach österreichischem Rechte ein Inländer, der im Auslande eine nach österreichischen Strafgesetzen strafbare Handlung begeht, auch dann im Inlande zu bestrafen ist, wenn die bezügliche

Handlung nach den Gesetzen des Staates, wo die Handlung begangen worden ist, nicht strafbar wäre.

Bezüglich des authentischen Textes des österreichischen Strafgesetzbuches weist der Verfasser — gegen eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes — nach, daß nur der im Reichsgesetzblatte publizierte deutsche Text des Strafgesetzes authentisch und maßgebend sei.

Die Lehren vom Versuche, von der Teilnahme, von der Verbrechenskonkurrenz, sowie die gesamte Lehre von der Strafe werden unter Zugrundelegung der Litteratur bis in die neueste Zeit eingehend dargelegt.

Im besondern Teile erörtert der Verfasser zunächst das System desselben und teilt die Delikte ein in solche gegen die Interessen des Individuums und gegen die Interessen der Gesellschaft; die erstern werden sodann in: 1. Delikte gegen Leib und Leben; 2. gegen die persönliche Freiheit; 3. gegen das Vermögen; 4. gegen die Ehre; 5. gegen andre subjektive Rechte einzelner Personen geteilt. Die Delikte gegen die soziale Interessen werden geteilt in: 1. Delikte gegen den Organismus des Staates; 2. gegen öffentliche Einrichtungen; 3. gegen den öffentlichen Glauben. Die letztern sind Delikte gegen unter den Schutz des Staates gestellte soziale Interessen. Hervorzuheben ist aus dem besondern Teile, daß der Verfasser die Entführung junger Mädchen ins Ausland, um dieselben in öffentlichen Häusern unterzubringen, als Verbrechen des Menschenraubes nach § 90 des österreichischen Strafgesetzes qualifizieren will, wodurch eine empfindliche Bestrafung dieser Verbrechen nach österreichischem Recht ermöglicht wäre.

Derselbe: Der Standpunkt des obersten Gerichtshofes in der Frage des Verhältnisses des Zivilrechts zum Strafrechte (Lemberger Revue 1897 S. 18—20) behandelt eine spezielle Entscheidung bezüglich des Verbrechens der Teilnehmung an Diebstahl.

Derselbe: Die Immunität der Abgeordneten und das Strafrecht (Revue für Recht und Verwaltung von 1898 S. 699 ff.) behandelt anläßlich eines speziellen Falles die Frage des Einflusses einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen Verbrechens auf die Mandatsübung eines Abgeordneten.

Derselbe: Determinismus und Zurechnung, in der juridischen Zeitschrift der Krakauer Fakultät I S. 8—54. Der Verfasser ist ein Gegner der Deterministen und polemisiert insbesondere gegen v. Liszts bekannten Vortag am Psychologenkongreß in München im Jahre 1896 und gegen Löffler (Zeitschrift XVIII S. 242—251).

Makarewicz (Dozent des Strafr.): Ueber Klassizismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft; Lemberger Revue von 1896. Eine Darstellung der Grundsätze der neuen Strafrechtsschulen.

Derselbe: Die ideelle Verbrechenskonkurrenz im österreichischen Strafrecht, Krakau 1897 (Habilitationsschrift). Eine Besprechung der Bestimmungen der österreichischen Strafgesetzgebung, insbesondere auch der Strafgesetzentwürfe bezüglich der idealen Verbrechenskonkurrenz.

Derselbe: Die Anstiftung zum Verbrechen nach § 143 des österreichischen Strafgesetzes; Lemberger Revue 1898. Eine Polemik gegen den obersten Gerichtshof in dieser Frage.

Morelowski (Präsident des Strafgerichts in Krakau) veröffentlichte in der juridischen Zeitschrift der Krakauer juridischen Fakultät von 1902 (S. 461 und 484) eine Abhandlung aus dem Gebiete der Kriminalstatistik, in welcher insbesondere die Ergebnisse der österreichischen Kriminalstatistik des Jahres 1896 eingehend dargestellt und erörtert werden.

Derselbe: Ueber Kindesraub (Lemberger Revue von 1893). Eine Darstellung der Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzbuches (§ 96) über das bezeichnete Verbrechen mit einer geschichtlichen Einleitung und Berücksichtigung des letzten österreichischen Entwurfes eines neuen Strafgesetzes.

Nowodworski: Ueber das neue (russische) Wuchergesetz vom Jahre 1892 und 1893; Warschau 1895. Eine Darstellung der Bestimmungen des neuen russischen Wuchergesetzes.

Dr. Alexander Rasp: Die Repression anarchistischer Delikte. Lemberger Revue für Recht und Verwaltung 1900. Eine Seminararbeit über das österreichische Gesetz vom 27. Mai 1885 betreffend Anordnungen gegen den gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen unter Vergleichung mit den gleichen Gesetzen des Deutschen Reiches vom 9. Juni 1884 und der französischen Republik vom 2. April 1892, 18. Dezember 1893 und 28. Juli 1894.

Rosenblatt: Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen; Lemberger Revue 1897 S. 433. Auf Grund eines praktischen Falles werden einige Fragen der Lehre von der Anstiftung zum Verbrechen erörtert.

Derselbe: Das Strafrecht und die neue Zivilprozeßordnung; Lemberger Revue 1898 S. 350. Eine Darstellung des Einflusses der Bestimmungen der neuen Zivilprozeßordnung auf die Anwendung des Strafgesetzes im allgemeinen und insbesondere auf die Beurteilung der falschen Aussagen.

Derselbe: Die Reform des Preßrechts, juridische Zeitschrift der Krakauer Falkultät I S. 72–105, erörtert die Grundfragen des Preßrechts, insbesondere die Frage der Kolportage, der Beschlagnahme, des objektiven Verfahrens und der Kompetenz der Schwurgerichte für Preßvergehen. In letzterer Beziehung plaidiert der Verfasser dafür, die durch die Presse begangenen Privat-Ehrenbeleidigungen der Kompetenz der Schwurgerichte zu entziehen.

Derselbe: Die Rechtsfolgen einer strafgerichtlichen Verurteilung nach österreichischem Recht, in der oberw. Zeitschrift von 1902 erörtert die Bestimmungen der österreichischen Strafgesetznovelle vom 15. November 1867, unterzieht dieselbe einer eingehenden Kritik und formuliert Anträge bezüglich Regelung der Materie pro futuro.

Rostworoski, Dozent für internationales Privat- und Strafrecht an der Jagellonischen Universität in Krakau: Ueber die strafrechtliche Jurisdiktion auf Handelsschiffen in ausländischen Häfen.

Stebelski: Neue Richtungen in der Strafrechtswissenschaft, Lemberg 1894. Eine ausführliche Darstellung der Lehren von Lombroso, Ferri, Garofalo, ferner der Polemik gegen die Freiheitsstrafen (Mittelstädt, Kraepelin), der Bestrebungen der Schule von Liszt, van Hamel und Prins und der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, der „Terza Scuola", der Schule von Lyon und der neueren russischen Strafrechtslehrer.

Derselbe: Aus der Kriminalstatistik Galiziens. Lemberg 1893. Schildert die Ergebnisse der Kriminalstatistik des Landes Galizien für die Zeit der Jahre 1881—1888.

Die Frage, ob eine unbeeidete Parteienaussage im neuen Zivilverfahren als falsche Zeugenaussage nach § 199 lit. a des österreichischen Strafgesetzes geahndet werden könne, erörtern in der Lemberger juridischen Revue von 1898 und 1899, Feuerstein, Krzymuski, Rosenblatt und Makarewicz, und zwar die erstern drei im verneinenden, der letztere im bejahenden Sinne.

II. Aus der gerichtlichen Medizin:

Kowalski:, Dr. Heinrich, Gerichtsarzt in Tarnów: Ueber die Vorteile des Studiums der gerichtlichen Medizin für Juristen, sowie über die Notwendigkeit der Kreierung stabiler geprüfter Gerichtsärzte bei Gerichtshöfen. Tarnów 1893. Auf Grund einer Reihe von praktischen Fällen wird das im Titel der Schrift Gesagte begründet.

Wachholz, ordentlicher Professor der gerichtlichen Medizin an der Krakauer Universität: Handbuch der gerichtlichen Medizin. Krakau 1899. Ein systematisches gründliches Handbuch der gesamten gerichtlichen Medizin unter Berücksichtigung der neuesten Forschungen und der Litteratur bis in die letzte Zeit.

III. Aus dem Strafprozeßrechte.

Allerhand: Das Verhältniß des Verdikts der Jury zum Urteil des Geschworenengerichtes; Lemberger Revue 1899. Behandelt eine prozessuale Frage des österreichischen Strafprozeßrechts.

Makarewicz: Studien aus dem Strafverfahren, in der Zeitschrift der juridischen Falkultät in Krakau von 1900—1902; enthält Abhandlungen über das Untersuchungsverfahren gegen Personen unter 14 Jahren nach österreichischem Recht, über das Verhältnis des Untersuchungsgerichts zum Staatsanwalt bei den Vorerhebungen und über die Umwandlung der Geldstrafe im Preßverfahren.

Morelowski: Ueber das Strafmandat in der Praxis; Lemberger Revue von 1893. Schildert das durch § 460 der österreichischen Strafprozeßordnung eingeführte und daselbst normierte Mandatsverfahren in geringfügigen Strafsachen vom Standpunkte der Praxis.

Roſenblatt: Ueber die ſoziale Aufgabe des Verteidigers im Strafprozeß; in der Lemberger Revue 1894. Die Aufgabe des Verteidigers beſteht in der Verteidigung der Geſellſchaft gegen den Staat, denn er hat die Freiheit des einzelnen Bürgers gegen die Willkür der Staatsgewalt zu ſchützen.

Spaſowicz Wladimir: Ueber die Frageſtellung im Geſchworenengericht und über das Verdikt der Jury; Lemberger Revue von 1901 S. 24 ff. Erörtert die bezüglichen Beſtimmungen der ruſſiſchen Strafprozeßordnung vom Jahre 1864, vergleicht dieſelben mit der franzöſiſchen, deutſchen und öſterreichiſchen Strafprozeßordnung und ſtellt Reformanträge für die geplante neue ruſſiſchen Strafprozeßordnung, welche Anträge auch zum größten Teile von der ruſſiſchen Geſetzgebungskommiſſion angenommen worden ſind.

Stebelski: Ueber die Kolluſionshaft; Lemberger Revue 1894 S. 192. Eine Geſchichte und Kritik der Kolluſionshaft und deren Anwendung in der Praxis insbeſondere vom Standpunkte der öſterreichiſchen Strafprozeßordnung.

Derſelbe: Carpzow und ſeine Stellung in der Frage der Unterſuchungshaft; Lemberger Revue 1897 S. 261. Beſpricht die Anſicht Carpzows und deſſen Warnung vor unbegründeter Verhängung der Unterſuchungshaft.

Derſelbe: Kommentar zur öſterreichiſchen Strafprozeßordnung; Lemberg 1901 S. 754. Eine ausführliche für die Praxis beſtimmte Erläuterung der geltenden öſterreichiſchen Strafprozeßordnung vom Jahre 1873.

Zu erwähnen iſt ſchließlich, daß die Grundſätze der Entſcheidungen des oberſten Gerichtshofes als Kaſſationshofes in Strafſachen von Dr. Vincenz Tarłowski periodiſch in der Lemberger Revue 1892—1900 zuſammengeſtellt worden ſind.

28.

Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Recht.

Von Dr. Richard Katzenstein in Celle.

A. Allgemeiner Teil.

§ 1. Objekt der Tötung.

I. Objekt der Tötungsdelikte ist der lebende (wenn auch scheintote) Mensch. Dieser Fundamentalsatz, der uns in seiner Allgemeinheit heute so selbstverständlich deucht, ist bekanntlich das Ergebnis einer vielhundertjährigen, vor noch nicht gar zu langer Zeit abgeschlossenen Entwicklung. Nicht nur von juristischen Gesichtspunkten aus — Sklaven, Friedlose, Überläufer, rechtskräftig zum Tode Verurteilte! — sondern auch durch Hineintragung medizinischer Begriffe — Monstra[1]), lebensunfähige Neugeborene! — hat man früher jenen Regelsatz zu beschränken gesucht. Ja, selbst noch das A.L.R. belegte im § 719 II 20 die vorsätzliche Tötung einer „offenbaren Mißgeburt" nur mit „Gefängnis- oder Zuchthausstrafe von sechs Wochen bis zu sechs Monaten." Noch weiter ging sogar ein Strafgesetzbuch aus der Mitte des 19. Jahrhunderts, das braunschweigische von 1840, indem es im § 150 nur die „eigenmächtige" Tötung eines Monstrums und auch diese nur mit einer sehr geringfügigen Strafe[2]) bedrohte. Dabei war und ist es streitig, welcher Begriff mit den Ausdrücken „Mißgeburt" und „Lebensunfähigkeit" verbunden werden muß.[3]) Eine eingehende

[1]) Selbst Oppenhoff, R.St.G.B. (13. Aufl. — 1896) § 211$_8$ will noch straflose Tötung der Monstra gestatten; ebenso auch Puchelt, R.St.G.B. (1871) § 211$_3$.

[2]) Gefängnis bis zu sechs Wochen oder verhältnismäßige Geldstrafe!

[3]) So versteht das A.L.R. § 17 I 1 unter Monstrositäten nur „Geburten ohne menschliche Form und Bildung" (ähnlich auch Braunschweig § 150; vergl. schließlich noch l 14D de statu hom. I 5: „Non sunt liberi, qui contra

Erörterung dieser Frage ist aber jedenfalls dem geltenden Recht gegenüber müßig (so auch bezüglich der Vitalität E. (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen) 2, 404). — Dagegen läßt sich de lege ferenda sehr wohl darüber streiten, ob die prinzipielle Gleichstellung der durch organische Mißbildung entstellten, bezw. dem alsbaldigen Tode geweihten Neugeborenen mit den sonstigen Objekten strafbarer Tötung zu billigen sei. Zwar hat man bezüglich der lebensunfähigen Geburten das geltende Recht häufig mit dem Hinweise zu verteidigen gesucht, daß es ebenso ungerechtfertigt sei, einen lebensunfähigen Neugeborenen zu töten wie einen Greis, welcher in den letzten Zügen liegt (vergl. v. Liszt a. O. 304, Frank, R.St.G.B. (4. Aufl. — 1903), Vorbemerkungen zum 16. Abschn. I). Dieses Gleichnis scheint mir aber nicht das zu beweisen, was es beweisen soll. Denn ich meine, es ist etwas ganz anderes, einen Menschen zu töten, der einmal dargetan hat, daß er zu leben vermochte, wenngleich er jetzt auch am Ende seiner Tage steht, wie ein Geschöpf, welches so schwächlich organisiert ist, daß es das eben ihm geschenkte Leben nur während einer ganz kurzen Zeitspanne fortsetzen kann. Daher war es gewiß höchst weise gehandelt, wenn die deutschen Partikularstrafgesetzbücher fast durchgängig wenigstens in einem und zwar dem wichtigsten Falle, nämlich bei dem sog. Kindesmord, die mangelnde Lebensfähigkeit freilich nicht als Strafausschließungs-, aber doch als wesentlichen Strafmilderungsgrund gelten ließen.[4])

formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrum aliquid aut prodigiosum enixa sit.") — Andere begnügen sich zur Annahme einer Mißgeburt schon mit einer regelwidrigen Bildung der Organe, sofern diese das Fortleben des Neugeborenen unmöglich macht (so Casper-Liman, Handbuch d. gerichtl. Medizin, 7. Aufl. B. II, — 1882 — S. 10, Olshausen, R.St.G.B. (6. Aufl. — 1900/01) § 211, manche Autoren verzichten sogar auf die letzterwähnte Voraussetzung (vergl. v. Liszt, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts (13. Aufl. — 1903) 304). — Freilich gehören Monstra im ersten und strengsten Sinne dem Gebiet der Fabel an (so mit Recht v. Holtzendorff in seinem Handbuch d. deutschen Strafrechts (1871 ff.) III 413, Hälschner, D. gem. deutsche Strafrecht (1881 ff.) II 21. — Über den Begriff der Lebensfähigkeit (Vitalität) vergl. statt anderer Hübener, die Kindestötung — Erlangen 1846 — S. 35; Ortloff, Kind oder Fötus — Berlin 1887 — S. 27 und Nitschke, d. Vitalität — Erlanger Dissertation 1892 —.

[4]) Vergl. Sachsen (1838) Art. 126 Abs. 2, (1855) Art. 159 Abs. 2; Württemberg, Art. 249 Abs. 3: Versuchsstrafe, wenn „das Kind wegen vorzeitiger Geburt nicht fähig war, das Leben außer dem Mutterleibe fortzusetzen" —; ähnl.

II. Schwieriger und auch heute noch lebhaft umstritten ist die Frage, in welchem Augenblicke denn der Mensch im Sinne des Strafrechts, d. h. der Mensch als Objekt strafbarer Tötung existent werde. Einer modernen Tendenz in unserer Wissenschaft möchte es entsprechen, zur Beantwortung dieser Frage das B.G.B. heranzuziehen und gemäß § 1 a. O. die Vollendung der Geburt wie im Zivil-, so auch im Strafrecht als Beginn der physischen Rechtspersönlichkeit zu bezeichnen. Daß aber diese Lösung gegenüber dem R.St.G.B. unhaltbar ist, ergibt ein Blick auf § 217 R.St.G.B.s. Denn hier wird unter Strafe gestellt die vorsätzliche Tötung eines unehelichen Kindes durch die Mutter „in oder gleich nach der Geburt"; mithin muß im Sinne des R.St.G.B.s schon in der Geburt, während des Geburtsvorganges ein Kind, ein Mensch zur Existenz gekommen sein. Die Kontroverse kann sich daher nur darauf beschränken, festzustellen, welcher Zeitpunkt innerhalb jenes Vorganges der entscheidende ist. — Drei verschiedene Ansichten (die vermittelnden, aber auch hier wie so oft erst recht verfehlten Lehrmeinungen ungerechnet) stehen sich gegenüber. Die eine beruft sich unmittelbar auf den Wortlaut des § 217; dieser spräche ganz einheitlich von einer Tötung „in . . . der Geburt"; er unterscheide nicht etwa innerhalb der letztern zwei Stadien, bei denen während des einen nur ein Embryo, während des andern aber ein Kind vorhanden sei; folglich beginne die strafrechtliche Persönlichkeit des Menschen schon mit Eintritt der Geburt, und dieser Zeitpunkt werde bereits mit dem Eintreten der Geburtswehen erreicht.[5]) Und es wäre auch, so meint das Reichsgericht E. 9, 131, garnicht abzusehen, „warum die Gesetzgebung im Hergange der Geburt selbst eine Veranlassung hätte finden sollen, in einem Teile des Geburtsaktes das volle[6]) Recht

Braunschweig, § 149 Abs. 4; — vergl. ferner Hannover, Art. 234 Abs. 3; Hessen, Art. 260; Baden, § 219; Thüringen, Art. 126 Abs. 3.

[5]) So Schütze, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts (2. Aufl. — 1874) 388; Hälschner II 61; Berner, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts (18. Aufl. — 1898) 521; Mittelstein in G.A. (= Goltdammers Archiv) 34, 173; Wehrli, Kindesmord — Frauenfeld 1889 — S. 95; Olshausen, § 211$_1$; Frank 16. Abschnitt I; vor allem auch das Reichsgericht E. 9, 131; 26, 178 im Gegensatz zu seiner anfänglichen Ansicht (siehe unten).

[6]) d. h. durch die im Vergleich zu §§ 218 u. 220 wesentlich höhere Strafsatzung des § 217 (bezw. der §§ 211/212) und die (im Falle der Abtreibung) unzulässige Bestrafung fahrlässiger Verletzung geschützte —.

auf Leben dem Kinde gewähren, diesem aber in einem andern Abschnitt des Geburtsvorganges jenes Recht zu versagen." — Die eben wiedergegebene Ansicht kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden. Zunächst ist jene „Veranlassung", nach welcher das Reichsgericht fragt, unschwer zu finden. Wird doch der Geburtsvorgang — diesen Begriff in dem vom Reichsgericht adoptierten Umfange genommen — z. B. durch den Austritt eines Körperteils der Frucht aus dem Mutterleib in zwei sichtbar abgegrenzte Stadien geschieden! Zudem ist die Auffassung des Reichsgerichts vom medizinischen Standpunkte aus so unzutreffend[7]), daß sie ohne zwingende juristische Gründe nicht gebilligt werden darf. Als solch ein zwingendes Argument vermag aber die „silbenstechende Auslegung" (Binding, Lehrbuch d. gem. deutschen Strafrechts — Bes. Teil — I (2. Aufl. — 1902) 38, Note 1) des § 217 nicht zu gelten.[8]) Und das gleiche Urteil trifft auch den von Wehrli a. O. 96 unternommenen Versuch, aus dem Verhältnisse der Delikte „Tötung" und „Abtreibung" die hier verworfene Ansicht zu rechtfertigen. Denn dieser Versuch steht und fällt mit der irrigen Identifikation der Begriffe „Abtreibung" und „Bewirken einer Frühgeburt" (vergl. Wehrli a. O.)

Viel probabler ist die zweite Lehrmeinung, welche die Entstehung der Rechtspersönlichkeit an den Beginn der Lufatmung knüpft.[9]) Diese Auffassung steht im Einklang mit den Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft, sie vermag — wie schon v. Liszt 304, Note 1 betont — der forensischen Bedeutung der Lungenprobe gerecht zu werden, auf sie weist auch z. B. das preußische „Regulativ für das Verfahren der Gerichtsärzte bei den gerichtlichen Untersuchungen menschlicher Leichen" vom 6. Januar 1875 (Justiz-

[7]) Das R.G. selbst spricht in der erwähnten Entscheidung von einem „werdenden Kinde". — Scharf gegen jene Abweichung „von dem gewöhnlichen, alltäglichen wie juristischen, namentlich auch physiologischen und gerichtlich-medizinischen Begriffe des Menschen" Ortloff a. O. 73. — Dagegen sucht Wehrli a. O. 97 seltsamerweise, seine Ansicht auch durch medizinische Erwägungen zu rechtfertigen.

[8]) Denn wenn auch der Gesetzgeber im § 217 von der Tötung eines „Kindes in der Geburt" spricht, so sagt er damit noch nicht, daß auch gleich mit Beginn des Geburtsaktes ein „Kind" vorhanden, und noch weniger, daß Beginn der Geburt und Eintritt der Wehen identisch seien.

[9]) Sie wird z. B. vertreten von Ortloff a. O. 57 u. a. und v. Liszt 303 (siehe aber über diesen auch unten im Text).

Ministerialblatt 1875, S. 75 ff.), § 24[10]). — Doch werden alle diese „Indizien" durch überwiegende Bedenken entkräftet. Wir können dabei von der gerade in neuerer Zeit behaupteten Unzuverlässigkeit der Lungenprobe[11]), von der Gefahr künstlicher Luftzufuhr und umgekehrt künstlicher Exspiration (vergl. Hübener a. O. 67, Ortloff a. O. 32 f., Note ** und Straßmann a. O. 518 f.), absehen; versagt doch jene Ansicht — konsequent durchgeführt in solchen nicht allzu seltenen Fällen, wo der „Embryo" bereits den Mutterleib vollständig verlassen hat und zweifellos lebt[12]), wo aber trotzdem der Eintritt der Lungenatmung aussetzt.[13]) Die Tötung eines „Embryo" in diesem Stadium könnte weder als Fruchtabtreibung bestraft werden, da der erstere sich nicht mehr in utero befindet (vergl. § 218), noch als Menschentötung, weil ja die Pulmonaratmung noch nicht begonnen hat. Dieses unliebsame Ergebnis[14]) hat manche Vertreter der hier behandelten Lehre zu einer Modifikation ihres Standpunktes veranlaßt; danach soll nicht der wirkliche Eintritt der Lungenatmung, sondern nur die Möglichkeit desselben entscheidend sein (so v. Liszt 303 a. E.). Mit diesem Ausweg tun aber die Gegner selbst einem Fundament ihrer Theorie Abbruch, nämlich dem Hinweis auf die Wichtigkeit der Lungenprobe. — Endlich führt die hier reprobierte Lehre auch in einem dem oben erwähnten Tatbestand gewissermaßen entgegengesetzten Falle, nämlich beim sog. vagitus uterinus[15]), zu einem recht zweifelhaften Ergebnisse. Wenigstens vermag ich es nicht einzusehen, wie der Umstand, daß eine neugeborene Frucht schon im Mutterleibe atmosphärische Luft atmen kann, diese Frucht zu einem Menschen stempeln soll. — In dem bisher Gesagten ist aber noch ein weiterer Vorwurf gegen die hier erwähnte Ansicht enthalten. Sie legt ein

---

[10]) Zur Geschichte der Lungenprobe vergl. die Lehrbücher d. gerichtlichen Medizin, namentlich Casper-Liman a. O., B. II 856; ferner Hübener a. O. 60; Kunze, der Kindesmord — Leipzig 1860 — S. 88 f.; v. Fabrice, Kindesabtreibung u. Kindesmord — Erlangen 1868 — S. 286.

[11]) Vergl. z. B. Liman in v. Holtzendorffs Handbuch III 510 f.; vor allem aber Straßmann, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin — Stuttgart 1895 — S. 517 ff.

[12]) wie z. B. durch Pulsationen des Blutes erkennbar.

[13]) Vergl. hierüber Liman a. O. III 510, Straßmann a. O. 522 f.

[14]) welches z. B. von Ortloff a. O. 60 f., 74 freimütig zugestanden wird.

[15]) Vergl. Liman a. O. 510, Straßmann 518 f., Skrzeczka in Maschka's Handbuch d. gerichtlichen Medizin, B. I — 1881 — S. 883 ff.

zu geringes Gewicht auf die räumliche Beziehung zwischen Mutter und Kind, ein zu großes auf physiologische Vorgänge.

Diesen Fehler vermeidet die dritte hier noch darzustellende Auffassung, welche die menschliche Rechtspersönlichkeit mit dem Austritt irgend eines Teiles der Frucht aus dem Mutterleib anheben läßt.[16]) Damit wird zunächst ein äußerlich leicht wahrnehmbares Kennzeichen erwählt; weiterhin läßt sich für diese Ansicht sogar der Wortlaut des § 217 verwerten, wenn man — wie dies das Reichsgericht noch in E. 1, 446 und Horch, Abtreibung — Gießener Dissertation 1878 — S. 45 tut — den Beginn des Geburtsaktes erst von dem Hervortreten eines Körperteiles des Embryo und nicht schon vom Einsetzen der Ausstoßungsbewegungen an rechnet.[17]) Freilich ganz zweifellos steht auch die letzterwähnte Theorie nicht da. Doch scheinen mir die erhobenen Einwendungen hier schließlich weniger schwer zu wiegen als bei den bisher besprochenen Ansichten.[18]) Letzteres gilt namentlich auch von der Behauptung Senators, daß durch die Obduktion nicht bestimmt werden könne, ob das „Kind" zur Zeit seines Todes bereits teilweise den Mutterschoß verlassen habe.[19]) Denn die Obduktion ist nicht das einzige Beweismittel; bloße Beweisschwierigkeiten jedoch haben noch niemals einen stichhaltigen Gegengrund gebildet.

III. Aber dem hier erörterten Problem kommt m. E. eine über den konkreten Fall hinausgehende allgemeine Bedeutung zu; und sie erscheint mir einer besondern Erwähnung wert, wenngleich

---

[16]) Als Vertreter dieser Meinung sind außer den im Text Erwähnten zu nennen: Merkel, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts (1889) 308; Binding, Lehrbuch I 37 f.; Rubo, R.St.G.B. (1879) § 217_3, v. Schwarze, R.St.G.B. (5. Aufl. — 1884) § 217_2, Oppenhoff, § 211_6.

[17]) Dagegen greift die Berufung auf § 218, welche sich in E. 1, 446, bei v. Schwarze a. O. und Oppenhoff, § 211_6 findet, nicht durch. Denn mit der Strafdrohung gegen die Tötung einer „Frucht im Mutterleibe" ist noch nicht entschieden, daß das R.St.G.B. den Embryo, solange er sich in utero befindet, stets und auch der eingetretenen Geburtswehen unerachtet als „Frucht" ansieht.

[18]) Diese Einwendungen decken sich im wesentlichen mit jenen Momenten, die wir oben als mögliche Rechtfertigungsgründe der beiden ersten Lehrmeinungen angeführt haben.

[19]) Vergl. Vierteljahrsschrift für gerichtliche und öffentliche Medizin — Neue Folge, B. 4 — Berlin 1866, S. 107.

wir hierdurch auch etwas vom Thema weggeführt werden. — Schon oben hatten wir bemerkt, daß es unmöglich sei, die Frage nach dem Beginn der Persönlichkeit im Strafrecht durch den Hinweis auf § 1 B.G.B. zu beantworten; diese Tatsache zeigt aber nicht nur, zu welch irrigen Ergebnissen die jetzt so eifrig verfochtene Reziprozität straf- und zivilrechtlicher Begriffe im Einzelfalle führen kann, nein, sie weist darüber hinaus auf die Gefährlichkeit und Unhaltbarkeit jener Tendenz überhaupt hin, sie belehrt uns, wie verkehrt es z. B. ist, den § 54 St.G.B.s durch die §§ 228, 904 B.G.B. ergänzen oder gar beseitigen zu wollen.

IV. Kehren wir nunmehr zum eigentlichen Gegenstande unserer Untersuchung zurück, so haben wir jetzt eine der beliebtesten Streitfragen, nämlich die Behandlung der Anstiftung und Beihülfe zum Selbstmord, zu erledigen. Meiner Überzeugung nach hat dieses Problem in Anbetracht seiner geringen praktischen Bedeutung eine ganz unverhältnismäßig zahlreiche und eingehende Litteratur gefunden.[20]) Ich glaube aber, daß gerade hier nur eine möglichst knappe Darstellung zu einem zweifelsfreien Ergebnisse führt. Ich stelle daher zunächst fest, daß nach geltendem Recht — wie auch von den neueren Schriftstellern wohl allgemein zugegeben — der Selbstmord ebenso wie sein Versuch strafrechtlich irrelevant sind. Da nun aber das R.St.G.B. die Teilnahme nur als ein unwesentliches, accessorisches Element der Haupttat auffaßt, so muß das eben Festgestellte mangels einer abweichenden gesetzlichen Sondernorm auch für die Anstiftung und Beihülfe zum Selbstmord, bezw. Selbstmordversuch gelten. Und wenn Binding, Lehrbuch I 25 f.

---

[20]) Vergl. z. B. neben Hälschner, System des preuß. Strafrechts II (1868), S. 65; Schütze 104; Hälschner, D. gem. deutsche Strafrecht I 468, II 20; Merkel 306, Wächter, Deutsches Strafrecht (1881) 182 ff.; Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II 115; v. Holtzendorff a. O. III 416 ff.; Berner 98 f.; v. Liszt 157, Note 7, 305; Kohler, Studien aus dem Strafrecht I (1890), S. 144 ff.; Rubo, S. 743; v. Schwarze, § 211_9; Oppenhoff, § 211_7, Olshausen, § 211_2; Frank, Vorbemerkungen zum 16. Abschnitt II — namentlich Lion in G.A. 6, 462; Mittermaier in G.A. 9, 433 ff.; Merkel in v. Holtzendorffs Lexikon III 1. Hälfte, 3. Aufl. (1881), S. 668; Keßler, Die Einwilligung des Verletzten (1884), S. 79; Binding, Handbuch d. Strafrechts (1885) I 701 f. und Lehrbuch I 25 f.; Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1869), S. 291 ff.; Wellauer, Der Selbstmord (Berner Dissertation, 1896); Guderian, D. Beihülfe z. Selbstmord und d. Tötung d. Einwilligenden (1899), S. 33 u. a. —

dies wenigstens bezüglich der Anstiftung leugnet[21]) und seinen Gegnern eine starke Vernachlässigung des Täterbegriffes vorwirft, so fürchte ich sehr, daß jene ihm diesen Vorwurf zurückgeben werden.[22]) — Ich räume gern ein, daß das eben gewonnene Ergebnis mich selbst nicht gerade befriedigt. Abhülfe kann aber hier nur der Gesetzgeber schaffen, und will er keine Flickarbeit tun, so empfiehlt sich nicht etwa nach dem Vorbilde mancher Partikulargesetzgebungen[23]) die Aufnahme einer besondern Strafsatzung gegen Anstiftung und Beihülfe zum Selbstmord, sondern der zielbewußte Aufbau der Teilnahmelehre auf dem Prinzip der intellektuellen Urheberschaft.

§ 2. Die tötende Handlung.

I. Die Lehre von der tötenden Handlung hatte einstmals, da noch das alte gemeine Strafrecht in seiner Vollkraft bestand, eine weit größere Bedeutung als gegenwärtig. In jenen Zeiten wurde die Lehre von der Tödlichkeit der Wunden mit Eifer gepflegt und durch Aufstellung der verschiedensten Grade der „Letalität", welche bald den Kausalzusammenhang beseitigen, bald ihn bestehen lassen sollten, in virtuosenhafter Technik ausgebildet.[24]) — Wir Neueren

---

[21]) Übereinstimmend Kohler a. O., während Schütze auch die Beihülfe aus §§ 211, 212, 49 strafen will und Oppenhoff a. O. die letztere „möglicherweise als fahrlässige Verursachung des Todes" nach § 222 ahnden zu können glaubt [!!].

[22]) Auch die von Binding, Lehrbuch I 25 behauptete begriffliche Unmöglichkeit der Teilnahme dritter am Selbstmord läßt sich (wenn überhaupt) nur dann verteidigen, wennn man die Teilnahme als unmittelbare Täterschaft konstruiert, und das tut ja gerade das R.St.G.B. nicht.

[23]) Vergl. ihre — soweit ich sehe — vollständige Aufzählung bei Binding, Lehrbuch I 25, Note 5.

[24]) Als früher aufgestellte Kategorien führt z. B. Janka-Rulf, österreichisches Strafrecht, 3. Aufl. (1894), S. 63 f. an: „ob die Verletzung für einen Menschen von jeder Körperbeschaffenheit (letalitas absoluta) oder nur unter Voraussetzung besonderer Körperdisposition (letalitas relativa) tödlich war, ob sie den Tod unter allen Umständen (letalis in abstracto) oder nur unter bestimmten Verhältnissen (l. in concreto) herbeizuführen geeignet war, ob sie für sich allein (l. per se) oder nur vermöge hinzugetretener anderer Umstände . . (l. per accidens) den tödlichen Ausgang nahm." — Auch ein längerer (im einzelnen sehr verschieden bemessener) Zeitraum zwischen der Tat und dem tödlichen Ausgang genügte dem frühern Recht häufig zur Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges (vergl. Mittermaier im G.S. (= Gerichtssaal) VII 1, S. 327 f.) — Ein bedenklicher Anklang an die letzterwähnte

haben vielleicht nur ein mitleidiges Lächeln für diese ebenso willkürlichen wie einschneidenden Beschränkungen des Ursachenbegriffes. Indessen dürfen wir nicht vergessen, daß die durch jene Lehren erreichte Verringerung der Tötungsdelikte ein notwendiges, wenn auch bei weitem nicht genügendes Korrelat gegen die übertriebene Strenge der Strafdrohungen älterer Gesetzgebungen wider jene Delikte bildete.[25]) — Heute kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die allgemeinen Sätze über den Kausalzusammenhang auch auf die Tötungsverbrechen unbedingte Anwendung finden.[26]) Ein näheres Eingehen auf jene historischen Reminiszenzen kann daher wohl unterbleiben.

II. Und ebenso vermögen wir auch im weitern Gange unserer Untersuchung noch von den Früchten zu zehren, welche die Wissenschaft, gerade von der gegenwärtigen Materie ausgehend, in jahrhundertelanger Arbeit nicht nur für diese, sondern überhaupt für die allgemeinen Lehren des Strafrechts errungen hat. Neben jenes eben berührte Prinzip von der Gleichwertigkeit jeglicher Bedingung des tödlichen Erfolges tritt weiter das der Gleichwertigkeit des Tuns und des (rechtswidrigen) Unterlassens und das der Gleichgültigkeit oder, besser gesagt, Gleichwertigkeit der angewandten Mittel. Bezüglich der letztern besteht jedoch die auch heute wohl noch nicht völlig überwundene Kontroverse, ob das tötende Instrument sinnlich wahrnehmbar gewesen sein muß, oder ob auch eine psychische Einwirkung (z. B. systematisches „Zu-Tode-Ärgern") genügt (sog. homicide moral). Meist wird die letzte Alternative bejaht (vergl. v. Liszt 305 III, Olshausen, § 211$_3$, Oppenhoff, § 211$_4$).[27]) — Für eine dissentierende Meinung fehlt es auch an

---

Auffassung noch bei v. Holtzendorff a. O. III 420: „Die Absicht eines Tötenden geht regelmäßig auf die alsbaldige oder sofortige Herbeiführung des Todes. Langdauernde Leiden eines Beschädigten sind gegen seinen Willen und können ihm daher schwerlich zum Dolus zugerechnet werden (?). Auch der objektive Zusammenhang der Ursachen verdunkelt sich bei längerem Zeitverlaufe."

[25]) Vergl. auch Kraus im G.S. V 2, S. 380, Mittermaier das. VII 1, S. 331 f.

[26]) Zum Verständnis bemerke ich, daß ich mich der „herrschenden" Kausalitätstheorie, der Gleichsetzung von Ursache und Bedingung, anschließe.

[27]) A.M. anscheinend Hälschner, D. gem. deutsche Strafrecht II 22, trotzdem er a. O. zunächst die „nähere Beschaffenheit der rechtswidrigen, tötenden Handlung" für „gleichgültig" erklärt. Weitgehende, mir nicht ganz verständliche Einschränkungen der herrschenden Lehre bei v. Holtzendorff a. O. III 418 f. — Wie schon der Name

allgemein-logischen Gründen, und noch weniger hat sie einen Anhalt im geltenden Recht. Übrigens dürfte auch das Problem des homicide moral mehr dem Roman und der Bühne als dem praktischen Leben angehören. —

Fügen wir endlich noch hinzu, daß auch bezüglich der subjektiven Seite der Tat — wenn mir dieser bedenkliche Ausdruck gestattet ist — die allgemeinen strafrechtlichen Lehren auf dem Gebiete der Tötungsdelikte ohne irgend welche Besonderheit zur Anwendung gelangen, daß ferner auch, nachdem Rubos beredter Mund (vergl. a. O. 738 ff.) verstummt ist, die Rechtswidrigkeit durchgängig als selbstverständliches Merkmal der vorsätzlichen Tötung angesehen wird, so dürfen wir wohl mit dieser Bemerkung den allgemeinen Teil unserer Arbeit abschließen.

B. Besonderer Teil:

I. Die gemeine vorsätzliche Tötung:

1. § 3 der Totschlag.

Treten wir nunmehr in eine Betrachtung des zweiten (besondern) Teiles der gegenwärtigen Untersuchung ein, so erscheinen zunächst die Vorschriften über die gemeine vorsätzliche Tötung in

---

andeutet, hat jenes Problem seinen Ursprung in der französischen Rechtswissenschaft, wo die angesehensten Autoren die kriminelle Bedeutung des homicide moral seltsamerweise ablehnen. So meinen Chauveau und Faustin Hélie in ihrer „Théorie du Code pénal" (6. Aufl. — B. III, Paris 1887 —) S. 422 f.: „Est-il nécessaire pour l'existence de l'homicide, qu'il soit consommé par un acte matériel? L'homicide moral, celui qui tue par la torture de l'âme, rentre-t-il dans les termes de la loi pénale? — — La loi ne peut que rester muette à l'aspect de ce forfait, quand elle le soupçonne, ... car elle craint de fonder une accusation sur des conjectures; et toutefois ce ne serait que dans des conjectures qu'elle pourrait lui chercher une base, puisque aucun fait matériel ne surgirait dans cette hypothèse et que les actes matériels tombent seuls sous son pouvoir." — Hiergegen ist zu sagen: Gewiß wird der Nachweis eines Kausalzusammenhanges und noch mehr der einer Verschuldung gerade wegen des Mangels eines „fait matériel" sehr erschwert sein, weshalb er aber unmöglich sein sollte, ist in jener Stelle nicht dargetan. Endlich enthält der Schlußsatz derselben nichts als eine petitio principii. — Noch weiter als die genannten Autoren geht Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français (2. Aufl., B. IV — Paris 1900 — S. 515), indem er bemerkt: „Ce qui manquera toujours, dans ce cas, c'est le rapport de causalité" — eine Behauptung, die sicher unrichtig ist.

den §§ 211—215 R.St.G.B.s nach folgendem Schema disponiert:

Gemeine vorsätzliche Tötung.

I. Mord (§ 211). II. Totschlag (§§ 212—215).

1. Normalfall (§ 212). | 2. privilegierter Totschlag (§ 213). 3. qualifizierter Totschlag (§§ 214/215).

Nach dieser Anordnung sollte man glauben, daß das deutsche Strafrecht zwei Grundformen vorsätzlicher Tötung kenne, den Mord einer- und den Totschlag andererseits. Eine nähere Untersuchung ergibt aber sofort das Unberechtigte dieser Auffassung. Betrachten wir nämlich zunächst den oben als Normalfall des Totschlages bezeichneten § 212, so bedroht derselbe mit Zuchthaus von 5—15 Jahren die vorsätzliche Tötung eines Menschen, sofern der Täter diese „nicht mit Überlegung ausgeführt hat." Von sämtlichen Elementen des eben erwähnten Deliktes könnte jetzt nur noch die letztere negative Bedingung vielleicht einer nähern Besprechung bedürfen. Aber eine kurze Erwägung stellt schon klar, daß dieselbe gänzlich überflüssig und unbeachtlich ist (vergl. Olshausen, § 212$_1$), ebenso überflüssig, als wenn z. B. der Diebstahl definiert würde als die in rechtswidriger Zueignungsabsicht erfolgte Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, sofern dieselbe nicht „mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" (vergl. § 249) erfolgt sei. Nur um des Gegensatzes zum Morde willen, der — wie vorgreifend bemerkt werden darf — Ausführung mit Überlegung erfordert, wurde jene negative Bedingung im § 212 erwähnt (vergl. Schütze 382, Note 2). Aus diesem Satze ergibt sich aber noch ein weiterer und zwar der wichtigste Grund für die Bedeutungslosigkeit der letztern: die Annahme des Mordes ist abhängig vom Vorhandensein der Überlegung; sollte nun auch wegen Totschlages nur dann gestraft werden dürfen, wenn die „Nichtüberlegung" festgestellt wäre, so müßte mangels einer besondern gesetzlichen Bestimmung der Täter in dem Falle straflos ausgehen, wo weder jenes positive noch dieses negative Erfordernis nachzuweisen war. — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das R.St.G.B. in Wahrheit nicht zwei Grundarten vorsätzlicher Tötung unterscheidet, sondern lediglich eine „Grund- oder Generalform der vorsätzlichen Tötung" (v. Holtzendorff a. O. III 413, v. Schwarze, § 212$_2$), nämlich eben den Totschlag, kennt; dagegen erscheint der

Mord lediglich als eine Qualifikation des letztern.[28]) Daher wäre es auch aus systematischen Gründen richtiger gewesen, wenn der Gesetzgeber den Totschlag ohne Erwähnung jenes negativen Merkmales als einfache vorsätzliche Tötung schlechthin vorangestellt[29]) und diesem den Mord, sowie die sonstigen qualifizierten und dann endlich den privilegierten Tatbestand der Totschlages hätte folgen lassen. Und in dieser Anordnung wollen wir auch unsere gegenwärtige Aufgabe behandeln; denn der gesetzgeberische Takt, mit dem Rubo 748 die Reihenfolge der Paragraphen im Gesetzbuche rechtfertigen will, ist jedenfalls für unsere Untersuchung nicht maßgebend. Mit diesem Satze können wir aber zugleich die Besprechung des Totschlages beendigen, da ja sämtliche beachtlichen Momente des Deliktes bereits in dem vorangegangen allgemeinen Teil ihre Erledigung gefunden haben.

2. Die Qualifikationsformen des Totschlages:

a. Der Mord:

§ 4. Stand der Kontroverse.

I. Nach § 211 R.St.G.B.s wird die vorsätzliche Tötung, wenn sie mit Überlegung ausgeführt ist, als Mord mit dem Tode bestraft.[30]) — Der Begriff der Überlegung oder, genauer gesagt, des Ausführens mit Überlegung ist sehr umstritten. Wir werden im folgenden die Fülle der Lehrmeinungen nach wenigen, leidlich brauchbaren Gesichtspunkten zu gruppieren suchen und mit dieser

---

[28]) a. M., soweit ich sehe, allein Binding, Handbuch I 334 im Text und Note 2, sowie Lehrbuch I 27. Sein Grund, daß Mord und Totschlag sich „durch einander ausschließende . . . Strafbarkeitsmerkmale" unterschieden, dürfte durch die Ausführungen des Textes widerlegt sein.

[29]) So verfährt auch der Code pénal (vergl. Art 295 ff.) und z. B. das belgische Strafgesetzbuch von 1867 (Art. 39 ff.) Wegen der gleichen Anordnung wird von Bittl, die Delikte wider Leib und Leben nach dänischem Recht — Freiburger Dissertation 1899 — S. 17 auch das dänische St.G.B. von 1866 belobt.

[30]) Die Strafe des Versuches ist aus §§ 44/45 zu entnehmen (vergl. aber auch § 80); die Vorbereitungshandlung ist regelmäßig straflos (vergl. jedoch § 81 Ziff. 1 und § 7 Sprengstoffgesetzes). Manche Partikulargesetze bedrohten das Auflauern mit Waffen oder das Anschaffen oder Zubereiten „tödlicher Stoffe", wenn die gedachten Handlungen in mörderischen Absicht geschahen, mit besonderer Strafe (vergl. im einzelnen Württemberg, Artt. 238, 242, Braunschweig, § 151, Thüringen, Art. 122, Hamburg, Art. 123).

Eingliederung der wesentlichen, bisher aufgestellten Ansichten dann zugleich die Entwicklung und Rechtfertigung des von uns vertretenen Standpunktes verknüpfen.

II. Zu diesem Zwecke gehen wir aus von dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens. Stehen wir vor der Begehung einer Tat, erwägen wir die Ausführung derselben, so kann schon nach jenem Sprachgebrauche von einer Überlegung in doppelter Beziehung die Rede sein. Einmal können wir nämlich mit uns zu Rate gehen, ob wir die Tat überhaupt begehen sollen oder nicht; wir können die Motive, welche uns zu dieser Tat hintreiben, und die, welche uns von ihr zurückhalten, ins Auge fassen, wir können jene widerstreitenden Beweggründe gegeneinander abwägen und schließlich in und durch diesen Kampf der Motive zu dem Entschlusse gelangen, die Tat zu begehen. Dann trägt unsere Tat zweifellos den Stempel des Überlegten an der Stirn. — Aber noch in einer andern Beziehung kann von Überlegung, von überlegter Tat die Rede sein. Wir können nämlich von vorherein entschlossen sein, die in Frage stehende Handlung zu begehen, weil wir Hemmungsvorstellungen gar nicht wahrnehmen; unsere Erwägung kann sich vielmehr lediglich darauf beschränken, in welcher Weise wir unsern Entschluß am angemessensten zu realisieren vermögen, welches die günstigste Zeit, Gelegenheit, der angemessenste Ort, die sichersten Mittel zur Herbeiführung des von uns erstrebten Erfolges sind, welche Hindernisse uns bei der Begehung der Tat voraussichtlich entgegentreten werden, und in welcher Weise wir dieselben am besten zu überwältigen vermögen. — Somit kann sich die Überlegung schon im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauches erstrecken einmal auf das „Ob", ob wir die Tat begehen sollen und sodann auch auf das „Wie", in welcher Weise wir jene auszuführen vermögen.[31])

III. Dies vorausgeschickt, hätten wir nunmehr festzustellen, welche Bedeutung das Gesetz dem Begriff der Überlegung beilegt; zwecks besserer Orientierung wollen wir aber zunächst eine kurze Übersicht über die Literatur unseres Problems geben. Dabei

---

[31]) Es muß zugegeben werden, daß in der Praxis des Lebens die Überlegung sich meist gleichzeitig auf den Entschluß und seine Ausführung erstrecken wird. Theoretisch aber dürfte schon wegen des im Text zu III Bemerkten die scharfe Sonderung gerechtfertigt sein.

lassen wir diejenigen Autoren unberücksichtigt, die wie Merkel 306 eine ganz abwegige Ansicht vertreten[32]); dann ergeben sich für uns nach Maßgabe des zu II Bemerkten zwei große Gruppen:[33])

1) Das Wesen der Überlegung im Sinne des Gesetzes besteht in der besonderen Art der Bildung des Entschlusses.

Als Vertreter dieser Ansicht nenne ich Hälschner, Deutsches Strafrecht mit sehr eingehenden, allerdings mehr philosophisch als juristisch gehaltenen Ausführungen (vergl. namentlich a. O. II 36 f. und 48/53), ferner Wachenfeld, d. Überlegung im Mordbegriff — Göttinger Dissertation 1887[34]) —, Binding, Handbuch I 27, v. Liszt 308[35]), v. Schwarze, § 212$_{1, 5, 9}$ und Frank, § 211 I 2.

2) Charakteristisch ist für § 211 diejenige Überlegung, welche die planmäßige Ausgestaltung der Tat bezweckt.

Als Anhänger dieser Gruppe wären Schütze 383, Rubo 741 f., v. Holtzendorff a. O. III 427 f.[36]), Rüdorff-Stenglein, R.St.G.B. (4. Aufl. — 1892) § 211$_3$, Meyer, Lehrbuch d. deutsch.

---

[32]) Merkel a. O. behauptet: „Mit Überlegung ausgeführt ist die Tat, wenn sie bei voller geistiger Dispositionsfähigkeit . . . . begangen ist." — Demnach wird der Totschlag a. O. definiert als eine „auf Grund eines die volle Besinnung ausschließenden Affektes oder krankhaften Erregungszustandes" ausgeführte Tötung [!!].

[33]) Aus dem Note 31 Angeführten ergibt sich, daß die Grenzen zwischen den verschiedenen Gruppen nicht haarscharf zu ziehen sind. — Maßgebend war für die Katalogisierung, welche Seite des „gemeinen" Überlegungsbegriffes dem betreffenden Autor als charakteristisch für den Tatbestand des § 211 erscheint.

[34]) An zahlreichen Stellen; vergl. namentlich S. 14: „[Überlegung] ist die Denktätigkeit, mittels welcher der Täter die durch den verbrecherischen Gedanken (nach den Gesetzen der Ideenassoziation) hervorgerufenen entgegenwirkenden Vorstellungen wahrnimmt, abwägt und trotzdem nicht berücksichtigt." — Daß und inwieweit jedoch Wa. in der von ihm adoptierten Lehrmeinung eine Sonderstellung einnimmt, wird unten S. 523 f. gezeigt werden.

[35]) Vergl. a. O.: „Überlegung setzt voraus, daß die auftauchende Vorstellung des begehrten Erfolges nicht sofort den Entschluß bestimmte, sondern den übrigen Vorstellungen, insbesondere den allgemeinen, unser gesamtes Verhalten beherrschenden Vorstellungen der Religion, der Sittlichkeit, des Rechts, der Klugheit, Zeit blieb, sich bei der Fassung des Entschlusses zur Geltung zu bringen." (Siehe aber auch Note 37 a.)

[36]) Vergl. a. O. 428: „Mit Überlegung eine Tötung ausführen heißt in der Kontinuität eines die Mittel und Wege, Erfolg und Zweck umfassenden planmäßigen Vorsatzes handeln."

Strafrechts (5. Aufl. — 1895) 457 f. und Olshausen, § 211_6 zu erwähnen.[37])

An sich wären neben den beiden eben erwähnten noch eine dritte und vierte Gruppe denkbar, je nachdem man die beiden Seiten des Überlegungsbegriffes alternativ oder kumulativ als wesentlich zur Erfüllung des § 211 bezeichnen würde. Daß die erstgenannte Konstruktion gegenüber dem geltenden Recht vertreten wird, habe ich nicht feststellen können; als Anhänger der letzten ist mir nur Oppenhoff bekannt geworden, welcher § 211_{13} die Überlegung definiert als ein „ruhiges Nachdenken, ob und wie man die Tat begehen solle."[37a])

§ 5. Begründung der „richtigen" Ansicht.

I. Die im vorigen Paragraphen unter 2) erwähnte Auffassung halten auch wir für zutreffend; denn sie rechtfertigt sich einmal durch die Entstehungsgeschichte des § 211, ferner durch rein dogmatische Erwägungen und endlich aus Gründen kriminalpolitischer Natur. Diese drei Gesichtspunkte sind im folgenden des nähern auszuführen; hiermit wollen wir gleichzeitig eine Kritik der oben zu 1) aufgeführten Meinung verbinden. — Für den historischen Beweis müssen wir von der unbestrittenen Tatsache ausgehen, daß unser R.St.G.B. (von seinem zweiten Entwurfe ab und im Gegensatz zum ersten) bei Aufnahme des Überlegungsmerkmales in bewußter Weise von der Fassung des preußischen St.G.B.s (§ 175) abgewichen ist und sich den Art. 155 des sächsischen St.G.B.s von

[37]) Gleicher Meinung ist anscheinend auch das R.G. (Vgl. Urteil des III. Strafsenats v. 6. Juli 1899 in E. 32, 253). Dieselbe Ansicht vertrat ferner das frühere preuß. Obertribunal; vergl. Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 12, 400: „Die von dem Gesetze sowohl im § 175 des preußischen St.G.B.s als im § 211 des Bundes-St.G.B.s als Tatbestandserfordernis für das Verbrechen des Mordes vorausgesetzte Überlegung bezeichnet die bei Bildung des Entschlusses zur Tat vorhandene ruhige und besonnene Verstandestätigkeit, mittels welcher Zweck und Erfolg der Tat, sowie die Umstände und die Modalitäten und die zur Ausführung der Tat anzuwendenden Mittel vom Täter erwogen werden."

[37a]) Möglicherweise gehört jetzt auch v. Liszt der vierten Gruppe an. In der neuesten (13.) Aufl. fährt er nämlich nach dem N. 35 citierten Satze fort: „Sie [d. Überl.] bezieht sich daher auf die Entscheidung der Doppelfrage: 1. ob, 2. wie gehandelt werden soll." — Indessen scheint mir diese Folgerung nicht ganz zu ihrem Vordersatz zu stimmen, so daß unter Berücksichtigung der N. 33 S. 2 die Einrechnung v. Liszts unter die erste Gruppe wohl immer noch gerechtfertigt ist.

1855 angeschlossen hat.[38]) Dabei kann es vorläufig noch dahingestellt bleiben, ob dieser redaktionellen Änderung auch eine materielle Bedeutung zukommt. Jedenfalls aber können wir angesichts jener Sachlage nicht umhin, in erster Linie und eingehend die Entwicklung ins Auge zu fassen, welche der Überlegungsbegriff innerhalb der sächsischen Kriminallegislation durchgemacht hat. — Hierüber wäre folgendes auszuführen. Art. 121 des (alten) Kriminalgesetzbuches f. d. Königreich Sachsen (vom Jahre 1838) hatte bestimmt:

„Wer die von ihm verursachte Tötung infolge eines mit Vorbedacht gefaßten Entschlusses oder mit Überlegung ausgeführt hat, ist als Mörder mit dem Tode zu bestrafen."

Unter zwei disjunktiv nebeneinander gestellten Voraussetzungen steigerte also das sächsische Gesetz die vorsätzliche Tötung zum Morde. Suchen wir den Inhalt dieser beiden Voraussetzungen zu ermitteln. Dabei wollen wir mit der letzten beginnen, denn sie deckt sich wörtlich — und wie bei der Herkunft des § 211 doch anzunehmen ist — auch sachlich mit jenem Qualifikationsmoment, welches das R.St.G.B. für den Mordbegriff postuliert. Bei unserer Untersuchung sei nun zunächst die Auffassung der Gegner zu Grunde gelegt. Nach ihnen würde das „Mit-Überlegung-ausführen" auch im Sinne des sächs. Kriminalgesetzbuches nichts anderes bedeuten als auf Grund eines erwogenen, oder sagen wir: eines mit Bedacht gefaßten Entschlusses handeln. Demnach würden vom gegnerischen Standpunkte aus jene beiden im Art. 121 so scharf unterschiedenen Begriffsmerkmale des Mordes eine einfache Tautologie darstellen.

---

[38]) Vergl. § 175 Preuß.: „Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet . . . . ."; Art. 155 Sachs.: „Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen um das Leben bringt, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat . . ." — Vergl. ferner zu der ersten Stelle Entwurf I d. R.St.G.B.s § 185 und Motive hierzu (Berlin, im Juli 1869), S. 157: „Der Entwurf hat eine Änderung des preuß. St.G.B.s nicht vorgenommen und sich auch denjenigen Gesetzgebungen nicht angeschlossen, welche noch besonders unterscheiden, ob das Moment der Überlegung beim Fassen des Entschlusses oder bei der Ausführung oder in beiden Fällen vorhanden war"; — dagegen zur zweiten Stelle § 206 des Entwurfes III und dessen Motive, S. 70 d. Kortkampfschen Ausgabe (Berlin 1870): „Eine Abänderung der Begriffsbestimmungen des preuß. St.G.B.s hat . . insofern stattgefunden, als der Entwurf in Anlehnung an das Königl. Sächs. St.G.B. die Zeit der Ausführung der Tat als die entscheidende erachtet und deshalb beim Morde das Erfordernis aufstellt: daß die Tötung mit Überlegung ausgeführt wird."

Denn darin wird man doch wohl keine Verschiedenheit erblicken, daß bei dem ersten dieser Merkmale ein mit „Vorbedacht", bei dem andern ein mit „Bedacht" gefaßter Entschluß vorausgesetzt wird. Und selbst wenn klügelnde Begriffsspalterei zwischen den beiden eben erwähnten Ausdrücken distinguieren wollte[39]), dann würde trotzdem eine Auslegung des Art. 121 unter Benutzung des Überlegungsbegriffes der Gegner uns kaum zu befriedigendern Ergebnissen führen. Denn kein vernünftiger Grund besteht für die Annahme, daß der Art. 121 danach unterscheide, ob die vorsätzliche Tötung eines Menschen verübt sei a) entweder in Gemäßheit eines längere Zeit vorher gefaßten (aber selbstverständlich noch fortwirkenden) Entschlusses — oder b) auf Grund eines nur kurz vor oder gar erst bei Beginn der Tat „neu- oder umgebildeten" Entschlusses.[40]) Und so dürfte aus dem dem eben Gesagten mit Sicherheit das eine hervorgehen: Vom Standpunkt des sächsischen Kriminalgesetzbuchs aus ist jener Begriff der Überlegung, wie ihn die Gegner aufstellen, unhaltbar; vielmehr kann das „Mit-Überlegung-ausführen" im Sinne des Art. 121 nur ein planmäßig durchdachtes Handeln bezeichnen.

Dieses Ergebnis wird aber auch noch durch die weiteren Schicksale bestätigt, welche das Kriterium der Überlegung in der sächsischen Kriminallegislation durchzumachen hatte. Im Jahre 1853 legte die sächsische Regierung den ständischen Deputationen den Entwurf zu einem neuen St.G.B. vor, welcher im Art. 152 bestimmte:

„Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen um das

---

[39]) Vergl. namentlich Wachenfeld a. O. 18 f.: „Es erscheint . . . wenig präzis, wenn man den alten Begriff der Prämeditation so in der technischen Bezeichnung der Überlegung des heutigen Rechts wiederzufinden glaubt, daß man beide für gleichbedeutend hält. . . . . Selbst wenn man [den Vorbedacht] in Parallele mit der Überlegung bringt, kommt er doch nicht dieser selbst, sondern nur einem Vorherüberlegen gleich." — Ähnlich auch v. Wächter 324; dagegen werden von der herrschenden Lehre — und zwar, wie ich meine, mit Recht — die Begriffe „Vorbedacht" und „Überlegung" identifiziert (vergl. v. Holtzendorff a. O. III 426, Note 3, Hälschner II 48, Berner 510 f, und Oppenhoff, § 211 11).

[40]) Dies gegen Wachenfeld a. O. 27 und seinen höchst eigenartigen Versuch, jene Ansicht, welche das Hauptgewicht auf den vorangegangenen Kampf der Motive legt, mit dem Wortlaut des § 211 in Einklang zu bringen (näheres siehe unten S. 523 f.).

Leben bringt, wird, wenn er die Tat mit der bestimmten Absicht der Tötung beschlossen und mit Überlegung ausgeführt hat, als Mörder mit dem Tode bestraft, soweit nicht für besondere Fälle etwas anderes festgesetzt ist."

In dem Entwurfe von 1853 ist also die eine Voraussetzung, unter welcher der Art. 121 des Kriminalgesetzbuchs die vorsätzliche Tötung zum Morde stempelte, ist das Kriterium des mit Vorbedacht gefaßten und bis zur Tat fortwirkenden Entschlusses verschwunden; geblieben ist dagegen das Erfordernis der überlegten Ausführung. Aber neben ihm verlangt der Entwurf noch einen Entschluß zur That auf Grund eines sogenannten dolus directus. Und zwar erscheinen — was für unsere Untersuchung doch von so eminenter Bedeutung ist — dieser Entschluß und jenes Ausführen-mit-Überlegung vollkommen getrennt, ganz selbständig stehen sie nebeneinander; eine Beziehung jenes Begriffes auf den letztern wäre demnach höchst seltsam, um nicht zu sagen: abgeschmackt. Vielmehr muß das Überlegungsmerkmal auch in diesem Entwurfe die gleiche Deutung finden wie im Art. 121 des Kriminalgesetzbuchs.

Und dasselbe gilt schließlich noch für das definitive St.G.B. (von 1855). Zwar hat das letztere jenes im Entwurf aufgestellte Erfordernis des mit bestimmter Tötungsabsicht gefaßten Entschlusses gestrichen und damit auch die äußerlich scharf hervortretende Gegenüberstellung der Begriffe „Entschluß" und „Überlegung" beseitigt.[41]) Aber hiermit ist zugleich das Wesen des letztern Merkmales, wie es von dem Entwurfe verstanden wurde, in keiner Weise alteriert. Vielmehr erfolgte jene Streichung nur, weil man sich überzeugt hatte, daß auch ein „unbestimmter Vorsatz" die Anwendung der Kategorie des Mordes nicht ausschließe. Und wenn wir uns jetzt wiederum daran erinnern, daß jener Art. 155 nach dem klaren Zeugnis der Motive zum R.St.G.B. für dessen § 211 vorbildlich gewesen ist, so erscheint der Schluß nicht zu gewagt, daß auch die hier geforderte Überlegung sich auf die planmäßige Ausgestaltung der Tat, dagegen nicht auf die besondere Art der Entschlußfassung bezieht.

II. Dies Resultat wird noch verstärkt durch den Nachweis, daß zahlreiche andere Partikulargesetzgebungen und vor allem auch

[41]) Art. 155 d. Gesetzes stimmt mit Art. 152 d. Entwurfes im übrigen (d. h. abgesehen von dem Kondizionalsatze) wörtlich überein; über die Fassung des letztern im St.G.B. vergl. Note 38.

die preußische das Überlegungsmerkmal in dem eben dargelegten Sinne verstanden haben. Klar hervortritt diese Auffassung schon in der sogenannten „Revision des Entwurfs des [preuß.] St.G.B.s von 1843" (B. II — Berlin 1845 — S. 113), sie wird dann (und zwar mit denselben Worten) wiederholt in den Motiven zum Entwurfe d. St.G.B.s f. d. preuß. Staaten vom Jahre 1847" (Berlin 1847), wo es S. 62 heißt:

„Derjenige, welcher zu überlegten Zwecken, mit vorbereiteten oder zweckmäßig gewählten Mitteln tötet, wer den Tod herbeiführen will, nachdem er Erfolg, Zweck, Mittel, Gelegenheit und Umstände der Tat erwogen hat, ist ein Mörder."

Fast genau die gleichen Worte finden sich auch in den „Motiven zum [endgültigen] Entwurfe d. St.G.B.s f. d. preuß. Staaten" (Berlin 1851) S. 48; und daß der höchste preußische Gerichtshof diese Ansicht billigte, haben wir schon oben Note 37 gezeigt. Überhaupt ist mir ein Vertreter der gegnerischen Lehre für das preußische Strafrecht nicht bekannt.[42])

Was endlich die übrigen Partikulargesetzgebungen anlangt, so kommen sie ja begreiflicherweise für unsere Arbeit erheblich weniger in Betracht; es mag daher die Bemerkung genügen, daß ihre durchaus überwiegende Mehrheit in ähnlicher Weise wie Sachsen (1838) Art. 121, wenngleich mit kleinen Nuancen im einzelnen, scharf und bestimmt zwischen einer Ausführung mit Überlegung (bezw. Vorbedacht) und einer solchen auf Grund eines mit Überlegung (bezw. Vorbedacht) gefaßten Entschlusses unterscheiden.[43])

---

[42]) Nur darin wich das O.Tr. von den heutigen Anhängern unserer Ansicht ab, daß es sich damit begnügte, wenn auch nur die Entschlußfassung von Überlegung (im Sinne planmäßigen Durchdenkens der beabsichtigten Tat) begleitet war, dagegen nicht forderte, daß die Ausführungshandlung selbst mit Überlegung (d. h. auf Grund des bei der Entschließung entworfenen oder auch nur eines später überdachten Planes) vorgenommen wurde (vergl. Urteil d. O.Tr.s vom 25. Januar 1854 in G.A. 2, 342 ff. — namentlich 358 —). Dürfte diese Auslegung schon gegenüber dem preuß. § 175 unzutreffend sein (gl. M. auch Goltdammer, Materialien zum St.G.B. f. d. preußischen Staaten, B. II — Berlin 1852 — S. 371), so ist sie jedenfalls durch die Fassung des § 211 R.St.G.B.s zur Unmöglichkeit gemacht. Darin besteht die ganze Tragweite der Kopierung des sächs. St.G.B.s durch das Reichsrecht.

[43]) Vergl. Bayern (1813) Art. 146, Oldenburg (1814) Art. 151, Württemberg, Art. 237, Braunschweig, § 145 Abs. 1, Hannover, Art. 227 Abs. 1, Großherzogtum Hessen, Art. 252, Baden, § 205, Hessen-Nassau, Art. 245; — a. M.

III. Wichtiger aber als das zuletzt Angeführte dürften folgende dogmatischen Erwägungen sein: Der klare Wortlaut des § 211, von dem wir doch jedenfalls ausgehen müssen, fordert ein Ausführen mit (d. h. bei bestehender oder wenigstens noch fortwirkender) Überlegung; danach ist jegliche Definition des Überlegungsbegriffes unrichtig, welche das Wesen desselben in Elementen sucht, die ihren Platz notwendig stets vor und niemals während des Stadiums der Ausführung haben. Unrichtig muß daher auch die Ansicht derjenigen Autoren sein, welche das Charakteristikum der Überlegung erblicken in der besondern Art und Weise des Zustandekommens eines Tatentschlusses, in Momenten also, die nur vor dem Entschluß in der Seele des Verbrechers wirksam sind und mit dem Zustandekommen desselben restlos aufgehört haben zu existieren. Doch könnte man uns vielleicht vorwerfen, daß alle diese Bedenken auch gegenüber der von uns adoptierten Auffassung des Überlegungsbegriffes zuträfen. Denn auch die planmäßige Ausgestaltung des konkreten Tatverlaufes müsse „notwendig" der Ausführung vorhergehen, sei „notwendig" schon vor ihr abgeschlossen. Dieser Einwand aber geht fehl. Denn jene Verstandesoperation, welche sich auf den Entwurf eines Planes der Tat bezieht, beginnt wohl schon vor deren Ausführung, aber sie wird häufig und vor allem in komplizierten Fällen noch für die Zeit der Ausführung selbst fortdauern; der Täter wird sicherlich nicht selten die Feststellung der näheren Modalitäten seines weitern Vorgehens, der Mittel und Wege, auf denen er am sichersten das begonnene Verbrechen zu Ende führen kann, erst jener Zeit vorbehalten, in welcher er bereits mit der Ausführung seiner deliktischen Tätigkeit angefangen hat.[44]) — Aber wir können von derartigen Tatbeständen vollkommen absehen; denn selbst wenn wir supponieren, daß der Mörder den Plan zu seinem beabsichtigten Verbrechen

möglicherweise Thüringen, Art. 119 und Bayern (1861), Art. 228 („Wer in der Absicht, einen andern zu töten, mit überlegtem Entschlusse rechtswidrig den Tod desselben verursacht . . . .")

[44]) Vergl. auch die interessante Definition des Code pénal Art. 297: „La préméditation consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition". — Mit den gleichen Worten kehrt dieser Schlußsatz auch im belgischen Code pénal Art. 392 wieder.

schon vollkommen vor der eigentlichen Ausführung entworfen hat und nunmehr auf Grund desselben die tötende Handlung verübt, so würde die letztere dennoch mit oder wenigstens bei noch fortwirkender Überlegung vollführt sein. Denn gerade dadurch daß der Täter in Gemäßheit des von ihm entworfenen Planes handelt, wird ja jene Verstandestätigkeit, in der wir das Wesen der Überlegung erblicken, realisiert, wird jene Denkoperation in das Gebiet des Sinnlichen projiziert. Sie ist also noch für und während der Ausführungshandlung von erheblicher Bedeutung, in sinnlich wahrnehmbarer Weise tritt ihre Wirksamkeit während des Verlaufes derselben hervor. Ganz anders steht es — um schon Gesagtes noch einmal zu wiederholen — mit jenen Elementen, in denen die hier verworfene Lehre das Kennzeichen der Überlegung im Sinne des Gesetzes erblickt. Jener Kampf der widerstreitenden, der zur Tat treibenden und der von ihr zurückhaltenden Motive ist durch den Tatentschluß beendigt, er tritt in der Ausführungshandlung selbst auf keine Weise zu Tage, jene „allgemeinen, unser gesamtes Verhalten beherrschenden Vorstellungen der Religion, der Sittlichkeit, des Rechts, der Klugheit" (vergl. Note 35) können sich vor der Fassung des Entschlusses zur Geltung bringen, sie wirken aber weder auf die Ausführung selbst auch nur im geringsten ein, noch sind sie während und infolge der letztern irgendwie bemerkbar. — Es ist mir wenigstens daher unbegreiflich, wie die Gegner jenes Erfordernis des Mit-Überlegung-ausführens mit den von ihnen vertretenen Standpunkt vereinigen können. Ja, auch einem Anhänger der hier mißbilligten Lehrmeinung ist diese augenfällige Schwäche nicht verborgen geblieben, und er hat sie, wenngleich in höchst bedenklicher Weise, zu vermeiden gesucht. Dieser eine ist Wachenfeld in seiner schon wiederholt zitierten Monographie über den Überlegungsbegriff. Wachenfeld selbst ist S. 27 der Ansicht, es habe der Gesetzgeber durch die Fassung des § 211 „in prägnanter Weise hervorgehoben", daß es hinsichtlich der Überlegung auf den Zeitpunkt des Entschlusses „begrifflich" nicht ankomme. Und trotzdem fordert eben dieser Autor S. 14 (vergl. oben Note 34) als wesentlich für das Überlegungsmerkmal einen aus dem Kampf der Motive hervorgegangenen Entschluß. Beide Sätze sucht Wachenfeld dann auf folgender Linie zu vereinigen: (S. 27) „Allerdings soll während der Ausführung nicht eine beliebige Überlegung, sondern die Überlegung in dem entwickelten,

spezifischen Sinn stattfinden, d. h. der Prozeß, in welchem sich eine Bildung, Neu- oder Umbildung, des Entschlusses vollzieht. *Eine auf Formung des Entschlusses bezügliche Denktätigkeit muß also zur Zeit der Ausführungshandlung vor sich gehen.* Damit kommen wir in keinen Widerspruch mit obigem: Zeitpunkt des Entschlusses und Zeitpunkt der Ausführung bleiben sich nicht deckende Begriffe. Es kann die Ausführung lediglich als Folge eines vor derselben gefaßten, perfekten Entschlusses in Erscheinung traten (Annahme des Mordes dann ausgeschlossen) [!], wie es möglich ist, daß sich der Entschluß erst nach Beginn der juristisch als Ausführungshandlung bezeichneten Tätigkeit gestalte [!!]."

Dieser Vereinigungsversuch befriedigt mich freilich keineswegs; ich glaube vielmehr, daß ein Gericht, welches mit *Wachenfeld* „Bildung, Neu- oder Umbildung" des Entschlusses *während* der eigentlichen Ausführungshandlung verlangen würde, wohl niemals in die Lage käme, den § 211 anzuwenden. Denn die Gestaltung des Entschlusses zur Tat *nach* Beginn der letztern scheint mir begrifflich unmöglich zu sein. — Und zu welch bedenklichen Konsequenzen die *Wachenfeld*sche Lehre führt, zeigt deutlich eine Bemerkung *Franks*, der sich eng an den erstgenannten Autor anschließt. *Frank* meint nämlich § 211 I 2:

„Da die geistige Beschaffenheit [nämlich eben die Neu-, beziehungsweise Umbildung des Entschlusses] im Augenblicke der Ausführung sich fast immer der Erkenntnis dritter entzieht, so verschiebt sich das gesetzliche Verhältnis für die Praxis meist in der Art, daß die Länge der zwischen der Fassung und der Ausführung des Entschlusses liegenden Zeit als Beweismoment für das Vorhandensein oder das Fehlen der Überlegung angesehen wird."

Frank selbst gibt also zu, daß seine Auffassung des § 211 für die Praxis unbrauchbar ist, aber anstatt daraus den Schluß zu ziehen, daß die erstere vielleicht unzutreffend sei, macht er der Praxis den schweren Vorwurf einer offenkundigen Gesetzesverletzung.

IV. Aber nicht nur dogmatisch verfehlt ist die hier verworfene Lehre, nein, sie führt auch praktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen und zwar selbst dann, wenn wir von *Wachenfelds* Sondermeinung gänzlich absehen. Denn jene Ansicht schafft ein Privileg für die verworfensten Verbrecher, für jene Mordbuben, in deren Seele vor dem Entschlusse überhaupt kein Abwägen der wider-

streitenden Motive stattfindet, bei denen die allgemeinen Vorstellungen der Religion, der Sittlichkeit und des Rechts sich vor der Entschlußfassung garnicht zur Geltung bringen können, eben weil ihnen derartige Vorstellungen vollkommen mangeln. Jene gewerbsmäßigen „Mörder", wie sie uns Shakespeares Meisterhand zeichnet, oder (um bei der Gegenwart zu bleiben) die Vertreter der Propaganda der Tat können vom Standpunkt der gegnerischen Lehre nicht als Mörder bezeichnet werden. Jener Bresci beispielsweise, der in Patterson zur Ermordung König Humberts von Italien ausgelost sein soll, hat sicherlich planmäßig das übernommene Verbrechen vollführt; er hat Mittel, Ort und Gelegenheit seiner Tat erwogen. Dagegen dürfte er, einmal durch das Los bezeichnet, mit seinem Entschlusse selbst keinen Augenblick gezögert haben, Gegenvorstellungen der Religion und des Rechts, kurz die mahnende Stimme des Gewissens sind ihm fremd geblieben, da ja dergleichen Dinge für den zielbewußten Anarchisten ein überwundener Standpunkt sind. — Und auch hier ist es wiederum Wachenfeld, der (allein von den Vertretern der gegnerischen Lehre) offen auf diese perverse Konsequenz der letztern hingewiesen, sie selbstverständlich mißbilligt, jedoch als unvermeidlich bezeichnet hat (a. O. 22 f.). Ich aber meine, daß gerade dieses unbefriedigende Resultat schärfer und plastischer vielleicht noch als eine dogmatische Untersuchung die Unrichtigkeit der bekämpften Lehre zu beleuchten vermag.

Man kann auch das im vorigen gewonnene Resultat nicht etwa durch die Erwägung beseitigen, daß auch der Totschläger überlege, womit er schlagen und stoßen solle (vergl. Wachenfeld 16, ähnlich Binding, Lehrbuch I 27). Gewiß muß auch der Totschläger eine Vorstellung von seiner Tat und den Mitteln zu ihrer Verwirklichung haben. Diese Vorstellung allein kann man jedoch noch nicht einmal nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens als „Überlegung" bezeichnen; verstehen aber die Gegner mit ihrem Einwande, daß auch in der Seele des Totschlägers ein berechnendes Abwägen und Auswählen unter den sich darbietenden Mitteln stattfinde (so wohl Binding a. O.), dann ist ihre Aufstellung nur eine petitio principii. — Im Gegenteil wird man ruhig sagen können, daß gerade dem Totschlag in seiner „typischen" Form, der Tötung aus Eifersucht, in der durchaus überwiegenden Mehrheit der Fälle ein heftiger Kampf der Motive in der Seele des

Täters vorangegangen sein wird, und daß es nur der Mangel einer planmäßig überdachten und veranstalteten Ausführung ist, welcher die mildere Qualifikation anzeigt.

§ 6. Nähere Umgrenzung der „richtigen" Ansicht.

I. Im weitern Verlaufe unserer Darlegungen haben wir nunmehr den eben gewonnenen Begriff der Überlegung nach einzelnen Richtungen hin näher zu begrenzen und festzulegen. Dabei müssen wir uns zunächst mit dem Verhältnis zwischen Vorsatz und Überlegung auseinandersetzen. Auf dieses Problem hat lange Zeit noch die dem alten gemeinen Recht angehörige Unterscheidung von dolus praemeditatus und d. repentinus verwirrend eingewirkt, so daß es noch bis in die Gegenwart hinein nicht an Schriftstellern gefehlt hat, welche die Überlegung als eine Art, beziehungsweise als ein Qualifikationsmoment des Vorsatzes aufgefaßt haben (vergl. Meyer 172, Berner 126, aber auch 511 f., 515 — sowie Oppenhoff, § 211_{11}). Jedoch ist mehr und mehr die Zahl derjenigen Autoren gewachsen, welche ein Zusammenwerfen von Vorsatz und Überlegung scharf bekämpfen. Heute muß diese Auffassung als durchaus überwiegende, ja nahezu allein herrschende Ansicht bezeichnet werden.[45]) Ihr huldigen Schriftsteller, die sonst in der Formulierung des Überlegungsbegriffes weit voneinander abweichen (vergl. einerseits Binding, Die Normen und ihre Übertretung II (1877) 509; ders. Handbuch I 334 und Lehrbuch I 27; Hälschner I 515, II 35 u. a.; Wachenfeld a. O. 19f.; v. Liszt 309; anderseits v. Holtzendorff a. O. III 433, Olshausen, § 211_{7}). Und in der Tat kann dieser Umschwung der Meinungen nur gebilligt werden. Schon von rein psychologischen Gesichtspunkten aus erscheint die gegnerische Lehre als unhaltbar. Letzteres ergibt sich aus folgender Erwägung: Kann man mit Henle-Merkel, Grundriß der Anatomie des Menschen (3. Aufl. Braunschweig 1888) S. 336 die psychische Tätigkeit des Menschen zerlegen in „Denken, Empfinden und Wollen", so gehört der Vorsatz jedenfalls der letztgenannten, die Überlegung hingegen der ersterwähnten „Grundkraft der Seele" (Wachenfeld a. O. 21) zu. Beide haben also nichts miteinander gemeinsam. — Dieses Ergebnis wird aber auch durch streng

[45]) Dagegen konnte Wachenfeld a. O. 19 noch im Jahre 1887 die gegnerische Lehre als „heutige gemeine Meinung" ansprechen, was freilich bereits damals wohl nicht mehr ganz stimmte.

juristische Erwägungen bestätigt. Bestände wirklich die besondere Spezies eines „überlegten Vorsatzes", so müßte ihm entsprechend „auch eine besondere Fahrlässigkeit existieren", da „jeder Vorsatz . . sich mit einer analog ihm erstreckten Fahrlässigkeit [ergänzt], und beide zusammen . . sich zur Schuld [runden]" (Binding, Normen II 510). Nun ist aber das Monstrum einer überlegt-fahrlässigen Tötung weder denkbar noch auch jemals von der Gesetzgebung aufgestellt worden. Und schließlich spricht gegen die bekämpfte Ansicht entscheidend der Wortlaut des § 211. Denn ähnlich, ja wohl noch schärfer als dies im preußischen St.G.B. geschehen[46]), scheidet diese Stelle zwischen Vorsatz und Überlegung. Sie bringt die letztere in einem besondern Konditionalsatze getrennt von dem eigentlichen Tatbestande — der Tötung —, auf welchen allein sich der dolus des Verbrechers zu erstrecken braucht; und so deutet das Gesetz sinnfällig an, daß jenes Moment der Überlegung eine vom Vorsatz verschiedene und damit auch außerhalb des eigentlichen Tatbestandes stehende Bedingung erhöhter Strafbarkeit ist.[47]) Aus dem Gesagten ergibt sich aber auch das wichtige Resultat, daß Wissen und Wollen des Täters das Vorhandensein der Überlegung nicht zu umfassen brauchen[48]), und daß sonach der dolus des Mörders und der des Totschlägers identisch ist.

II. Weiterhin haben wir festzustellen, welche Beziehungen zwischen der Überlegung und der Rechtswidrigkeit bestehen. Hierbei ist folgendes zu bemerken: Von einer Reihe von Schriftstellern wird der Satz aufgestellt, die Überlegung müsse sich auch auf den rechtlichen Charakter, auf die Rechtswidrigkeit der Tat erstrecken. Eine derartige Auffassung liegt besonders nahe bei solchen Autoren, welche das Wesen der Überlegung in dem Kampfe und der Entscheidung zwischen widerstreitenden Motiven erblicken; denn eine der stärksten unter den Hemmungsvorstellungen wird doch gerade häufig das Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit der tötenden Handlung bilden. Aber durchaus nicht alle Anhänger der gegnerischen Lehre teilen wie z. B. Hälschner II 49, 53 diesen Standpunkt,

---

[46]) Vergl. § 175 „vorsätzlich und mit Überlegung", § 176 „vorsätzlich, jedoch nicht mit Überlegung."

[47]) Vergl. die redaktionell durchaus entsprechenden Normen der §§ 102, 103, 170, 210, 227 usw. R.St.G.B.s.

[48]) Ebenso Binding, Normen II 509, a. M. Buri G.S. 29, Beilagenheft S. 199.

im Gegenteil wird er namentlich von Wachenfeld a. O. 17 bekämpft; und anderseits hat der erstere unter den Schriftstellern, welche den Überlegungsbegriff sonst in gleicher Weise wie wir fassen, neben Meyer 458 an v. Holtzendorff a. O. III 429 einen äußerst beredten Verteidiger gefunden. Wir können uns aber an dieser Stelle nicht scharf genug gegen eine derartige Ansicht erklären. Denn die Überlegung bezieht sich — wie wir oben gesehen haben — lediglich auf einen äußern Vorgang, auf die Art der Begehung der konkreten Tat, niemals hingegen auf deren rechtliche Qualifikation. Und es ist hierbei noch besonders zu betonen, daß jede gegenteilige Auffassung die Rechtsordnung gegenüber den schwersten Verletzungen derselben häufig ihres stärksten Schutzes berauben, daß sie menschliche Kultur und Gesittung deren schlimmsten Feinden fast wehrlos preisgeben würde. Erkennt schon die durchaus überwiegende Lehre den etwaigen Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit im allgemeinen nur dann als beachtlich an, wenn das Gesetz selbst jene Rechtswidrigkeit ausnahmsweise zu einem begriffswesentlichen Merkmal stempelt, so fehlt jeder — sei es gesetzliche oder auch nur gesetz-politische — Grund dafür, von jener Regel bezüglich des Mordes eine Ausnahme zu statuieren. Und es bedarf, um zu diesem Satze zu gelangen, keineswegs des gerade in einer solchen Anwendung sehr bedenklichen Olshausenschen Argumentes, daß „die Überlegung und ihr Mangel . . Merkmale des Entschlusses, nicht des Vorsatzes [seien]" (§ 211_6).[48a])

III. Größere Schwierigkeiten könnten vielleicht diejenigen Fälle mit sich bringen, bei denen während der Ausführung selbst Stadien der Überlegung mit solchen der Nichtüberlegung abwechseln. Daß zunächst dergleichen Tatbestände an sich denkbar sind, brauchen wir gegenüber der in diesem Punkte wohl durchaus einigen Litteratur nicht erst ausdrücklich zu versichern. Es fragt sich nur, wie die ersteren zu behandeln sind. — Für eine solche Untersuchung können wir selbstverständlich nur die von uns vertretene Definition der Überlegung als eines Handelns nach durchdachtem Plan zu Grunde legen. Hiervon ausgehend möchte man vielleicht dazu gelangen, als wichtigste hier in Betracht kommende Tatbestände solche Fälle

[48a]) So noch in der 5. Aufl. (1897); in der 6. ist der fragliche Satz gestrichen.

anzusehen, bei denen der Verbrecher während der Ausführung seines Deliktes von dem vorher entworfenen Plane abgewichen ist, so wenn er z. B. beabsichtigt hat, seinen Gegner mittels eines Schusses zu töten, dann aber, weil derselbe fehlgegangen ist zum Messer gegriffen und mit diesem seine Tat vollbracht hat (vergl. ähnlich v. Holtzendorff a. O. III 428). Aber in dieser Allgemeinheit ist der eben aufgestellte Satz zweifellos falsch. Dies ergibt sich sogleich, wenn wir in dem gegebenen Falle unterstellen, der Täter habe trotz Fehlschlagens seines ursprünglichen Planes die „volle geistige Dispositionsfähigkeit" (Merkel 306) nicht eingebüßt, sondern noch genügende Selbstbeherrschung besessen, um in klarer Würdigung der durch jenes Mißlingen geschaffenen Sachlage zu einem anderweitigen durchdachten Beschluß über das nunmehr anzuwendende Mittel zu gelangen; hat der Täter dann auf Grund dieses neuen „planmäßigen" Beschlusses zum Messer gegriffen und mit diesem die Tat vollführt, so liegt sicherlich vollendeter Mord und nicht etwa Mordversuch in idealer Konkurrenz mit vollendetem Totschlage vor.[49]) Wohl aber ist die Handlung des Täters als vollendeter Totschlag zu qualifizieren, wenn er nach dem Mißlingen seines anfänglichen Planes, etwa aus blinder Furcht vor Entdeckung aufs Geratewohl irgend einen ihm in die Hände fallenden Gegenstand ergreift und hiermit — vielleicht noch durch eine Kette von Zufälligkeiten unterstützt — sein Opfer niederschlägt. Formulieren wir nunmehr aus diesem Schulbeispiel eine Regel, so lautet dieselbe also: Nicht davon ist die Anwendung des § 211 abhängig, daß der Täter die vorsätzliche Tötung genau nach dem einmal entworfenen Plane vollbringt[50]), sondern nur der Punkt kommt entscheidend in Betracht, daß jede Modifizierung des erstern ihrerseits wiederum auf Überlegung beruht, mit andern Worten, daß sie wiederum planmäßig vorgenommen wird. — Nur in diesem Sinne ist die nicht unbedenkliche Äußerung Berners 514 richtig, nach welcher es „das Entscheidende ist . ., ob die Ausführung in dem überlegten oder in dem nicht überlegten Vorsatze ihren

[49]) Man könnte vielleicht einen Augenblick erwägen, ob nicht die Handlungsweise des Verbrechers unter den eben angenommenen Voraussetzungen sich als Mordversuch in idealer Konkurrenz mit vollendetem Morde darstelle. Eine solche Annahme ist aber schon wegen der Einheitlichkeit des Tätervorsatzes unbedingt ausgeschlossen.

[50]) Insoweit ist v. Schwarze, § 212, beizustimmen.

Ursprung habe." Jede andere Unterscheidung ist dagegen von vornherein als irrig zurückzuweisen; dies gilt namentlich auch von der durch Schütze 383, Rüdorff-Stenglein, § 211, und ähnlich v. Wächter 325 vertretenen Ansicht, wonach es zur Anwendung des § 211 genügen soll, wenn nur ein „Anfang der Ausführung" von Überlegung begleitet ist. Denn eine solche Ansicht steht mit dem Wortlaut des § 211 im Widerspruch.

Allerdings bedarf auch die obige Regel noch einer Ergänzung, um sie nicht nur für jene Fälle tauglich zu machen, in welchen der Täter von dem ursprünglich entworfenen Plan abgewichen ist, sondern überhaupt für alle Tatbestände, bei denen aus irgend einem andern Grunde Handlungen der Überlegung mit solchen der Nichtüberlegung abwechseln.[51]) Für derartige Tatbestände stellen eine Reihe von Autoren den Satz auf, daß „die Überlegung die Ausführung der Tat in ihren wesentlichen Bestandteilen beherrschen müsse" (Olshausen, § 211$_5$; übereinstimmend Merkel in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Mord", Meyer 458 und Wachenfeld a. O. 29 f.). Ich halte diese Regel für wenig brauchbar, solange nicht gesagt wird, was denn unter jenen „wesentlichen Bestandteilen" zu verstehen ist. Und ebensowenig wird unsere Untersuchung durch die keineswegs präzise Bemerkung v. Holtzendorffs a. O. III 428 gefördert, nach welcher „eine teils mit Affekt, teils mit Überlegung ausgeführte Tötung . . in zweifelhaften Fällen als Totschlag angesehen werden [muß]." Denn auch hier wird uns ja nicht gesagt, wie die „zweifelhaften Fälle" beschaffen seien, und wodurch sie sich von den unzweifelhaften unterschieden. — Uns hingegen scheinen für die vorliegende Untersuchung folgende Gesichtspunkte von maßgebender Bedeutung zu sein: Nach dem Gesetz qualifiziert sich eine vorsätzliche Tötung nur dann als Mord, wenn sie mit Überlegung ausgeführt ist. Dies letztere Erfordernis muß mit aller Strenge interpretiert werden, zumal bekanntlich die Tendenz des Gesetzgebers dahin ging, durch seine Fassung des § 211 das Gebiet des Mordes möglichst einzuschränken. Daher kann auch in den oben erwähnten Fällen nur dann eine Bestrafung wegen Mordes stattfinden, wenn lediglich die auf Überlegung beruhenden

[51]) Letzteres kann z. B. geschehen, wenn die vorher vom Täter angestellte Überlegung sich nicht auf alle bei der Ausführung nachträglich bedeutsamen Punkte erstreckt hat.

Tätigkeitsakte für den eingetretenen Erfolg, den Tod des Opfers, kausal gewesen sind. Bringt also — um wiederum einen Schulfall zu konstruieren — A. dem B. zwei an sich tödliche Wunden bei, und zwar die eine mit, die andere ohne Überlegung, so kann A. nur dann als Mörder bestraft werden, wenn B. an der ersten Wunde gestorben ist, bevor noch die von der zweiten bewirkte Verletzung den Tod herbeizuführen vermocht hat.

IV. Ähnliche Schwierigkeiten verursacht der Überlegungsbegriff auch in dem Falle, wenn mehrere, sei es als Mittäter, Anstifter oder Gehülfen, an der Tötungshandlung beteiligt sind. Denn auch hier ist ein Handeln teils mit, teils ohne Überlegung wenigstens in dem Sinne möglich, daß die Überlegung dem einen Teilnehmer fehlen, bei dem andern dagegen vorhanden sein kann. Wir haben daher zu prüfen, welcher Einfluß jenem Mangel, diesem Vorliegen der erstern zukommt, ob beide nur persönlich wirken, oder ob und in welchem Umfange sie eine weitergehende Bedeutung besitzen. Bei einer derartigen Untersuchung müssen wir aus den oben unter III entwickelten Gründen wiederum von dem schon dort aufgestellten Satz ausgehen: „Nur dann kann eine Bestrafung wegen Mordes stattfinden, wenn lediglich die auf Überlegung beruhenden Tätigkeitsakte für den eingetretenen Erfolg kausal gewesen sind." Daraus ergibt sich zunächst für die Mittäterschaft der Rechtssatz, daß nur dann eine Bestrafung der einzelnen Mittäter wegen Mordes erfolgen kann, wenn sie sämtlich mit Überlegung gehandelt haben; dagegen entfällt für jeden Mittäter zugleich die Todesstrafe schon in dem Falle, daß auch nur ein einziger unter ihnen den von ihm gesetzten, zum Erfolge mitwirkenden Tätigkeitsakt ohne Überlegung ausführte. Dieser Satz steht zwar im Widerspruch mit der heute durchaus herrschenden Lehre[52]); die letztere kann aber als berechtigt nicht anerkannt werden. Denn die Mittäterschaft ist eben nicht „Selbstherbeiführung oder Nichthinderung des Erfolges" (v. Liszt (11. Aufl.) 203), sondern „Teilnahme an dem Tun eines andern".[53]) Im Sinne des geltenden Rechts ist

[52]) Vergl. Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen 5, 287, Oppenhoff, § 47_{11}, Olshausen, § 47_{14}, Hälschner I 438, Berner 515 f., v. Liszt 224, wohl auch Frank, § 211 II.

[53]) Letzteres ergibt u. a. die Überschrift des dritten Abschnitts des allgemeinen Teils, die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung gegen die Mittäterschaft im § 47 und der Wortlaut des § 50: „. . . Teilnehmer (Mittäter,

anzunehmen, daß die Mittäter nur in und durch ihr Zusammenwirken verursachen (vergl. Birkmeyer a. O. 102, 136 und sonst), in diesem Zusammenwirken ist aber auch das unüberlegte Tun enthalten.[54]) — Noch durch eine andere, wenngleich der ersten ziemlich verwandte Betrachtungsweise findet der von uns vertretene Satz seine Bestätigung. Nach § 47 wird im Falle der gemeinschaftlichen Ausführung einer strafbaren Handlung jeder Mittäter als Täter bestraft, d. h. es soll für die Bestimmung des Strafsatzes und nur für sie bezüglich jedes Mittäters so angesehen werden, als ob er das in concreto gemeinschaftlich begangene Verbrechen als Alleintäter verübt hätte. Wenden wir diesen Satz auf ein konkretes Beispiel an: A. und B. töten gemeinschaftlich und vorsätzlich den C.; A. setzt dabei den ihm zufallenden Teil der Ausführungshandlung mit Überlegung, B. hingegen den von ihm bewirkten Teil ohne solche. Dann bestimmt sich nach dem eben Gesagten die Strafbarkeit eines jeden nach dem rechtlichen Charakter der von ihnen gemeinsam vollführten Tat. Letztere aber stellt sich als Totschlag und nicht als Mord dar. Denn die Ausführungshandlung ist in dem gegebenen Beispiel zu einem wesentlichen Teil — nämlich soweit die Tätigkeit des B. in Betracht kommt — nicht mit Überlegung begangen und der Umstand, daß die erstere teilweise auch von Überlegung begleitet wurde, vermag den strengen Anforderungen des § 211 nicht zu genügen. — Vielleicht aber könnte man diesen Ausführungen mit folgenden Deduktionen entgegentreten: Vom Standpunkt des A. aus ist die gesamte Tötungshandlung mit Überlegung begangen. Denn A. hat nicht nur seine eigne, sondern auch die „komplementäre" Tätigkeit des B. in seine Überlegung aufgenommen. Er ist also in gleicher Weise des Mordes schuldig, wie derjenige Täter, welcher nach überdachtem Plan durch die Kräfte des Naturkausalismus

---

Anstifter. Gehülfe) . . ." (siehe im einzelnen Birkmeyer, die Lehre v. d. Teilnahme (Berlin 1890), S. 148 und meinen „agent provocateur" in dieser Zeitschrift 21, 394, Note 18).

[54]) Ich weiß wohl, daß diese Sätze im Widerspruch zu der herrschenden Kausalitätstheorie stehen, als deren Anhänger ich mich selbst oben Note 26 bekannt habe. Gegenüber der Ausgestaltung der Teilnahme im geltenden Recht scheint mir aber eine solche Abweichung von der Regel unvermeidlich zu sein. Wenn man eine Ausnahme meist nur für die Anstiftung und Beihülfe zugeben, dagegen für die Mittäterschaft leugnen will, so halte ich eine derartige Stellungnahme für wenig konsequent.

den erstrebten Erfolg herbeiführt. Dieser Vergleich ist jedoch unzutreffend. Denn er besagt ja nichts weniger als jene schon oben zurückgewiesene Behauptung der Gegner, daß die Mittäterschaft im Sinne des Gesetzes „Selbstherbeiführung oder Nichthinderung des Erfolges" sei. Vor allem aber steht der obige Vergleich im Widerspruch zu den Grundsätzen des Indeterminismus, auf dem ja nun einmal das geltende Recht die ganze Teilnahmelehre aufgebaut hat. Denn nach jenen Grundsätzen vermag A. den vorsätzlich und „mit freiem Willen" handelnden B. überhaupt nicht wie ein Werkzeug zu benutzen, vermag niemals dessen Tätigkeit gleich dem Wirken des Naturkausalismus in den Kreis seiner Berechnung, seines Planes, seiner Überlegung einzubeziehen. Davon daß A. einen Mord begangen hat, kann also de lege lata keine Rede sein.[55])

V. Gehen wir nunmehr zu den Fällen der Anstiftung und Beihülfe zur vorsätzlichen Tötung über, so wird uns auch hier das gleiche Prinzip leiten, welches wir schon zu III aufgestellt und am Eingange des Absatzes IV wiederholt haben (vergl. S. 530 a. E., beziehungsweise 531). Aus demselben ergibt sich: Maßgebend ist allein das Verhalten des Täters; denn im Sinne des R.St.G.B.s sind nur die von ihm vorgenommenen Tätigkeitsakte für den eingetretenen Erfolg kausal. Handelt daher der Täter ohne Überlegung, so entfällt jede Möglichkeit, Anstifter und Gehülfen als Teilnehmer an einem überhaupt nicht begangenen Morde zu bestrafen; führt jener aber die Tötung mit Überlegung aus, so müssen auch Anstifter und Gehülfen aus §§ 211, 48, beziehungsweise 211, 49 bestraft werden, einerlei ob sie selbst ihrerseits irgend welche Überlegung angestellt, beziehungsweise auch nur in Kenntnis von der Überlegung des Täters gehandelt haben, oder ob keine dieser beiden Voraussetzungen zutreffen sollte.[56]) — Aller-

---

[55]) Einen Augenblick ließe sich erwägen, ob nicht auf Grund des § 50 dieses — wie ich selbst zugebe — unerwünschte Ergebnis vermieden werden könne. Aus den im Text unter IV gemachten Darlegungen dürfte sich aber die Unanwendbarkeit dieser Stelle ergeben. — Nur die schon oben § 1 a. E. empfohlene Revision der Teilnahmelehre durch den Gesetzgeber kann helfen.

[56]) Vergl. Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen 3, 93; Geyer in v. Holtzendorffs Handbuch II 364, und IV 162 f.; Merkel in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Totschlag", derselbe, Lehrbuch 307; Binding, Handbuch I 28; Rubo 466; Olshausen, § 50 5a; teilweise auch Frank, § 211 II und Oppenhoff, § 50 3.

dings ist diese Ansicht lebhaft bestritten.[57]) Doch vermag ich die gegnerischen Argumente nicht für durchschlagend zu erachten. Dies gilt zunächst von der Berufung auf § 50 R.St.G.B.s. Denn die Überlegung oder (genauer gesagt) das Ausführen mit Überlegung ist sicherlich keine „persönliche Eigenschaft", kein „persönliches Verhältnis" des Täters (so auch besonders Frank § 211 II; gl. M. Binding, Grundriß d. gem. deutsch. Strafrechts I (5. Aufl. — 1897) 129), die überlegte Ausführung stellt sich weder als „Beschaffenheit des Wesens eines Menschen" noch als „Beziehung eines Menschen zu einem andern Menschen oder zu irgend einem Dinge" dar (vergl. Rubo 466, Olshausen, § 50_1). Und ich glaube, es läßt sich kein besserer Beweis gegen die hier bekämpfte Lehre aufführen als die Tatsache, daß einige unserer Gegner (vergl. Ortmann in G.A. 22, 391 f., Hälschner I 439, Note 1) mit dem sehr bedenklichen Argument einer extensiven Auslegung des § 50 operieren.[58]) — Weiter hat man den § 59 herangezogen, um wenigstens darzutun, daß eine Bestrafung wegen Anstiftung und Beihülfe zum Morde nur dann erfolgen könne, wenn der Teilnehmer um die überlegte Ausführung seitens des Täters wisse (so vor allem Oppenhoff, § 50_2 und Frank, § 211 II). Diese Argumentation scheitert jedoch daran, daß § 59 nur von den „zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumständen" spricht; zu diesen zählt aber, — wie wir bereits oben unter I sahen — die überlegte Ausführung nicht. Eine Vorstellung von der durch den Täter zu entwickelnden Überlegung brauchen daher Anstifter und Gehülfen ebensowenig zu besitzen, wie der Täter selbst um diese Überlegung wissen muß (vergl. oben S. 527).

b. § 7. Der Totschlag nach § 214 R.St.G.B.s.

I. Erscheint im § 211 als Qualifikationsmoment eine besondere Art der Ausführung, so sind es gewisse bei der Ausführung vorliegende Umstände, an welche § 214 eine gegenüber dem Regel-

---

[57]) Vergl. Ortmann in G.A. 22, 391 f., Hälschner I 439, Note 1, Meyer 229, Berner 516, v. Liszt 234, v. Schwarze 157.

[58]) So meint Hälschner a. O.: „Es hat § 50 nicht die Bedeutung, daß durch ihn die Berücksichtigung anderer individueller Schuldunterschiede der Teilnehmer ausgeschlossen würde." — Ich fürchte sehr, daß diese Bemerkung lex ferenda und lex lata verwechselt.

fall wesentlich erhöhte Freiheitsstrafe anknüpft. Er bedroht nämlich „mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus" denjenigen, der „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet." — Das preußische St.G.B. § 178 verhängte hier in Anlehnung an seine Vorbilder, nämlich Württemberg, Art. 245 in der ursprünglichen Fassung[59]) und weiterhin den Code pénal, Art. 304, sogar die absolute Todesstrafe.[60])

Tatbestandshandlung ist also die vorsätzliche Tötung. Tritt zu dieser neben den im § 214 aufgestellten Erfordernissen das Qualifikationsmoment der überlegten Ausführung, so stände der Wortlaut unserer Gesetzesstelle an sich der Annahme einer Idealkonkurrenz mit § 211 nicht entgegen. Jedoch führt eine derartige Verbalinterpretation, welcher sich freilich z. B. Rüdorff-Stenglein § 214, und Oppenhoff §§ 211,7 und 214,7 angeschlossen haben, zu einem unrichtigen Ergebnis. Ihm widerspricht zunächst die ratio legis. Wegen „ihrer großen Gefährlichkeit" ist nach der Behauptung der Motive (S. 70 d. Kortkampf'schen Ausgabe) die Tötung bei Unternehmung einer strafbaren Handlung mit einer so hohen Strafe belegt. Diese Rechtfertigung des § 214 versagt aber gegenüber einer Tötung, welche zwar unter den in diesem vorausgesetzten Modalitäten, gleichzeitig jedoch auch mit Überlegung ausgeführt ist und daher schon aus dem letztern Grunde mit der Todesstrafe belegt wird. — Gegen die Annahme einer Idealkonkurrenz spricht ferner auch die Entstehungsgeschichte der vorliegenden Gesetzesstelle.[61])

---

[59]) Seit dem Gesetz vom 13. August 1849, Art. 1: lebenslängliche Zuchthausstrafe.

[60]) So auch noch Entwurf III zum R.St.G.B. § 209, während Entwurf I § 188 lebenslängliches Zuchthaus androhte. — Übrigens ging der Code pénal in seiner anfänglichen Redaktion viel weiter als seine deutschen Nachahmungen; es lautete nämlich Art. 304 ursprünglich folgendermaßen: „Le meurtre (Totschlag) emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit." — Die Novelle vom 28. April 1832 strich dann die Worte: „ou délit" und fügte statt dessen folgenden Abs. 2 hinzu: „Le meurtre emportera également la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit."

[61]) So auch Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen 12, 250 und 364.

§ 214 ist abgesehen von der Strafdrohung nahezu wörtlich aus dem preußischen St.G.B. übernommen, und wie aus Goltdammers Materialien zu dem letztern II 376 f. hervorgeht, war man sich in allen Stadien der Vorarbeiten bis zur definitiven Formulierung des § 178 dieses Gesetzbuches stets und ständig bewußt, daß die zu schaffende Sondernorm lediglich einen Qualifikationsfall der nicht überlegten Tötung darstellen solle. Endlich ergibt auch die Stellung des § 214 im Gesetz, daß dieser nur auf die vorsätzliche, unüberlegte Tötung, begangen unter gewissen erschwerenden Umständen, gemünzt ist. Denn der ihm vorausgehende und der nachfolgende Paragraph enthalten beide — wie schon ihr klarer Wortlaut ergibt — lediglich Sonderfälle des Totschlages. Und da wäre es doch höchst seltsam, wenn die im § 214 gegebene Sondernorm sich auch auf den Mord erstrecken sollte.[62]) — Bei dieser Sachlage darf man wohl mit Schütze 385 Note 7 die Behauptung aufstellen:

„Die Fassung „vors. einen Menschen tötet" ist ungenau; Stellung, Inhalt („auf frischer Tat") [?], Strafsatz des § heischen: einen Totschlag begeht."[63])

II. § 214 setzt des weitern voraus, daß die vorsätzliche unüberlegte Tötung erfolgt „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung". Unter strafbarer Handlung ist selbstverständlich nur ein kriminell strafbares Tun zu verstehen.[64]) Als kriminell strafbar erscheint aber eine jede „gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlung" (§ 152 Abs. 2 R.St.P.O.), einerlei ob diese nach

---

[62]) Dagegen kann man nicht mit Frank § 214 I die gegnerische Meinung durch die an sich richtige Erwägung zurückschlagen, daß eine Idealkonkurrenz zwischen Mord und Totschlag unmöglich sei. Denn es muß ja gerade erst bewiesen werden, daß § 214 sich nur auf einen besondern Fall des Totschlages bezieht.

[63]) Durchaus herrschende Ansicht; vergl. neben dem R.G. auch Obertribunal in G.A. 7, 209 u. 363 (anders freilich bei Oppenhoff, Rechtsprechung d. O.Tr.'s 16, 546), ferner v. Wächter 327, Hälschner II 45, v. Liszt 310, v. Schwarze § 214$_{1, 7}$, Olshausen § 214$_{1, 5}$, Frank § 214 I.

[64]) So auch E. 23, 78; anders (aber auch nur dem Wortlaut nach) E. 12, 161. — Das gleiche Resultat ergibt sich zum Überfluß noch aus der Entstehungsgeschichte. Noch Preußen und Entwurf I verlangten ausdrücklich „Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens". Die folgenden Entwürfe setzten dann getreu ihrem Prinzip, auch die bis dahin ganz selbständig behandelten Übertretungen mehr in das System einzugliedern, an Stelle der Worte: „Verbrechen oder Vergehen" hier wie an zahlreichen anderen Stellen den generellen, auch die Übertretungen umfassenden Ausdruck „strafbare Handlung".

Reichs- oder Landesrecht strafbar,[65]) einerlei ob sie vor den ordentlichen oder vor Sondergerichten verfolgbar (vgl. v. Holtzendorff a. O. III 442, Olshausen § 111$_3$), und einerlei schließlich auch ob in concreto eine Strafverfolgung, bezw. Bestrafung möglich ist oder z. B. wegen Nichtstellung des erforderlichen Antrages, Vorliegen eines (persönlichen) Strafausschließungs-[66]) oder Strafaufhebungsgrundes nicht erfolgen kann [Erfordernis einer „objektiv" strafbaren Handlung! — v. Liszt 310, Rubo § 214$_1$ —]. Dagegen scheiden Disziplinarvergehen und mit Ordnungsstrafen bedrohte Handlungen aus. — Jedoch erleidet der Begriff der strafbaren Handlung im Sinne des § 214 noch eine weitere, auf den ersten Blick schwerlich erkennbare Einschränkung. Es entfallen nämlich sämtliche Fahrlässigkeitsdelikte. Dieses Resultat folgt freilich nicht, wie Rüdorff-Stenglein § 214$_2$ und Olshausen § 214$_2$ meinen, aus dem Begriff des Unternehmens, es folgt auch nicht „aus der Fassung des § 214" (so v. Holtzendorff a. O. III 442); vielmehr müssen wir unsere Ansicht auf folgende Erwägungen stützen: Wird zum Vorsatz die Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale verlangt, so muß auch der Täter, um aus § 214 bestraft werden zu können, wissen, daß er den Totschlag begeht „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung"; er muß sich also auch bewußt sein, daß er eine strafbare Handlung unternimmt. Letztere Voraussetzung würde jedoch bei Fahrlässigkeitsvergehen niemals zutreffen. Sie haben demnach auszuscheiden. — Aus dem eben Gesagten ergibt sich weiterhin eine interessante Komplikation: Der Täter muß sich des Unternehmens einer strafbaren Handlung bewußt sein; er muß also eine Vorstellung davon besitzen, daß jene mit dem Totschlag konkurrierende Tat strafbar ist; Kenntnis, bezw. wissentliche Verwirklichung der einzelnen Merkmale jener Konkurrenztat genügt dagegen nicht. Demnach sind Fälle denkbar, wo ein Totschlag — objektiv betrachtet — als bei Unternehmung einer strafbaren Handlung begangen erscheint und der Täter sogar wegen dieser letztern Handlung bestraft werden, aber dennoch die Normierung der Totschlagsstrafe nur nach § 212 erfolgen kann. Dieses Resultat tritt

[65]) Treffend bemerkt v. Holtzendorff a. O. III 442: „Da in gewissen deutschen Ländern Handlungen strafbar sind, welche in anderen straflos gelassen wurden, so können sich Ungleichheiten in der Bestrafung ergeben."

[66]) In Betracht kämen in diesem Zusammenhang wohl namentlich die Fälle der §§ 247 und 257.

nach dem eben Bemerkten dann ein, wenn der Verbrecher das konkurrierende Delikt zwar in Kenntnis seiner Tatbestandsmerkmale, aber ohne eine Vorstellung von der Strafbarkeit desselben verübt. — Ein solches Ergebnis widerspricht auch durchaus nicht der ratio legis. Denn eine besondere Gefährlichkeit erlangt der Totschlag erst dann, wenn der Täter ihn als Mittel zur Durchsetzung einer anderweitigen in ihrer Deliktsnatur erkannten strafbaren Handlung benützt.

III. Diese vielberufene ratio legis wird uns auch im weitern Verlaufe unserer Untersuchung bei Ermittlung des Begriffes der „Unternehmung" im Sinne der vorliegenden Gesetzesstelle die wichtigsten Dienste leisten. Eine Definition der Unternehmung selbst findet sich im R.St.G.B. abgesehen von der Sonderbestimmung des § 82 nicht. Der dort aufgestellte Begriff kann aber (vergl. E. 3, 26; v. Liszt 205 Note 5) nicht über das Gebiet des Hochverrates oder, sagen wir vorsichtiger, jedenfalls nicht auf den § 214 erstreckt werden.[67]) Denn würde dieser wirklich als Unternehmen nur eine solche Handlung auffassen, „durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll", so wäre unverständlich, weshalb § 214 auch der Tötung zwecks Verhütung einer Ergreifung auf frischer Tat Erwähnung tut. — Auch die Entstehungsgeschichte, welche uns so oft Fingerzeige für ein richtiges Verständnis des geltenden Rechts gibt, versagt bei dem gegenwärtigen Problem. Denn sie führt zu einem legalpolitisch fehlerhaften Ergebnis, der Gleichstellung nämlich von Unternehmung und vollendeter, bezw. versuchter Ausführung.[68]) — Vielmehr kann die Praxis nur dann die Absicht des Gesetzgebers, die Tendenz des § 214 in die Wirklichkeit umsetzen, wenn sie den Begriff der Unternehmung nach beiden Richtungen hin über das Stadium der Ausführungshandlung ausdehnt, wenn sie ihn einerseits auf die Vorbereitung des Delikts erstreckt und anderenteils auf diejenige unmittelbar nach der juristischen Vollendung entwickelte Tätigkeit, durch welche der Verbrecher seine Person und den Gewinn seines Deliktes wenigstens vorläufig in Sicherheit zu bringen sucht. Eine derartige Definition der Unternehmung, welche „die gesamte Straftat, wie sie sich tatsächlich ab-

[67]) A. M. freilich Schütze 385 Note 7.

[68]) Vergl. hierüber im einzelnen Goltdammer, Materialien II, 377 f. Auch G. erkennt das im Text erwähnte Bedenken gegen eine historische Auslegung an, gibt aber der letztern trotzdem den Vorzug.

spielt" (Olshausen § 214$_3$) unter diesen Begriff subsumiert, entspricht allein der ratio legis. Für jene kann man sich auch auf den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens berufen, ja sie läßt sich sogar auf den Inhalt des Gesetzes stützen. Letzteres ergibt sich schon daraus, daß nach § 214 die Tötung erfolgt sein muß: einmal „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung" und sodann entweder „um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen".[69])

IV. Endlich haben wir noch hinsichtlich der beiden eben erwähnten Zwecksetzungen selbst folgendes zu bemerken. Da gerade diese Zweckbestimmungen[70]) die Gefährlichkeit des Totschlags begründen, so muß die Strafe des § 214 auch dann Platz greifen, wenn der Getötete tatsächlich niemals ein objektives Hindernis geworden wäre, niemals den Täter bei seinem (konkurrierenden) Verbrechen hätte ertappen wollen.[71]) — Das durch den Totschlag zu beseitigende Hindernis der Ausführung kann bereits im Stadium der Vorbereitung bestehen, es kann aber auch erst während des deliktischen Versuches entgegentreten.

Hingegen erleidet durch die Fassung der weitern im § 214 formulierten Zwecksetzung im Zusammenhalt mit dem oben zu III aufgestellten Unternehmungsbegriffe diese Gesetzesstelle eine vielleicht nicht unbedenkliche Einschränkung. Denn durch die Vorschrift, daß

---

[69]) Die herrschende Lehre stimmt im Resultat und wesentlich auch in der Begründung bei (vergl. v. Holtzendorff a. O. 441 f., Hälschner II 45, Rubo § 214$_1$, v. Schwarze § 214$_2$, Olshausen § 214$_2$ u. $_3$ Abs. 3). — Dagegen u. a. Frank § 214 II, der „mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes" nur diejenigen Vorbereitungshandlungen hierher rechnet, „welche dem Versuche am nächsten stehen", ferner Meyer 460, der die Vorbereitungshandlungen überhaupt ausfallen läßt und schließlich noch enger Schütze (385 Note 7 in Verb. mit 235 f.); dieser Autor schränkt den Begriff des Unternehmens auf die letzten Stadien des Versuchs ein.

[70]) Vergl. auch v. Liszt 310: „Das „um .... zu" bezeichnet die Absicht als Beweggrund".

[71]) Ebenso v. Holtzendorff a. O. III 440, Hälschner II 46, v. Schwarze § 214$_5$, Oppenhoff § 214$_3$, Olshausen 214$_3$ Abs. 4 und v. Buri im G.S. 29, Beilagenheft S. 200; letzterer auf Grund der Erwägung, „daß auch hier wieder nicht das Objekt der Tötung, sondern die Intensität des verbrecherischen Willens für die betreffende gesetzliche Bestimmung maßgebend gewesen sei, und daß auch der weitere Passus „um sich .... zu entziehen" gleichfalls subjektiv gefaßt werde, die Strafbestimmung also auch in dem Falle eintreten müsse, wenn in Wirklichkeit eine Ergreifung auf frischer Tat garnicht bevorstände".

die Tötung zur Hinderung der Ergreifung „auf frischer Tat" geschehen muß, wird die Anwendbarkeit der zweiten Alternative des § 214 begrenzt auf diejenigen Fälle, wo die Tötung erfolgt ist „während der Verübung oder im Momente der Vollendung der Tat oder bei einer unmittelbar an diese sich anschließenden Verfolgung des Täters" (Hälschner II 46).[72]) Daher fällt die später erfolgende Tötung eines Tatzeugen oder einer andern Person, welche nur die Entdeckung der Tat vereiteln sollte, ebensowenig unter § 214, wie die Tötung eines Sicherheitsbeamten, der den vielleicht erst nach Wochen oder Monaten ermittelten Täter festnehmen will.

c) § 8. Der Aszendententotschlag.

Als letzter Qualifikationsgrund des Totschlages erscheint im § 215 R.St.G.B.s die Persönlichkeit des Opfers, seine nahe Beziehung zum Täter; es wird nämlich mit der gleichen Strafe wie im § 214 „der Totschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie" bedroht. Auch diese Bestimmung entstammt in letzter Linie dem französischen Recht,[73]) während es nach dem Vorbild der Carolina Art. 137 dem deutschen Recht mehr entsprach, die Schärfung an den Mord eines Aszendenten oder überhaupt eines Verwandten zu knüpfen.[74]) — Über die Norm des § 215 selbst ist nicht viel zu

[72]) Ebenso Rubo § 214$_2$, Rüdorff-Stenglein § 214$_4$ und Olshausen § 214$_3$.

[73]) Vergl. Code pénal Art. 299: „Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre asceudant légitime." — Den parricide bedrohen Artt. 299, 13 mit geschärfter Todesstrafe.

[74]) Vergl. Bayern (1813) Art. 147 Ziff. II, Oldenburg (1814) Art. 152 Ziff. II, Braunschweig § 145 Abs. 2 u. § 73, Hannover Art. 229 Ziff. II, Preußen § 175 Abs. 2 (Ehrverlust obligatorisch, „wenn der Mord an einem leiblichen Verwandten der aufsteigenden Linie oder an dem Ehegatten begangen wird".) — Das letzte, aber in gewisser Hinsicht interessanteste Beispiel bildet der Art. 118 Abs. 1 des Hamburger St.G.B.'s von 1869: „Wer mit überlegtem Vorsatz oder infolge eines mit Überlegung gefaßten Beschlusses einen Menschen tötet, soll mit Zuchthaus von 15 bis zu 25 Jahren, und wenn der Mord verübt wurde, um zu rauben, ... an Angehörigen des Täters ... mit dem Tode bestraft werden". — Die Qualifizierung des Aszendententotschlages findet sich dagegen m. W. erst in dem großherz. hessischen St.G.B. von 1841 und auch hier nur mehr andeutungsweise: vergl. Art. 253 Abs. 2: „Bei Zumessung dieser [d. h. der Totschlags-] Strafe haben die Gerichte unter anderm als einen erschwerenden Umstand zu betrachten, wenn die Tat ... an Blutsverwandten in auf- ... steigender Linie ... verübt worden ist." — Rein ausgebildet findet sich dann die Qualifikation des Aszendententotschlages in Preußen § 179, Oldenburg (1858) Art. 161 und Bayern (1861) Art. 230.

sagen. Zweifelhaft und umstritten ist wohl nur die Frage, was der Gesetzgeber unter den „Verwandten aufsteigender Linie" hat verstanden wissen wollen. Mit Recht wird von der durchaus herrschenden Lehre § 215 lediglich auf den Totschlag, verübt an leiblichen Aszendenten, bezogen.[75]) Im scharfen Gegensatz hierzu behauptet v. Liszt 310, daß der Begriff des „Verwandten" nach dem geltenden Privatrecht zu bestimmen sei (ebenso im Prinzip Frank § 215 I i. V. m. § 52 III). Dieser Ansicht muß widersprochen werden. Denn aus dem § 52 Abs. 2 R.St.G.B.'s, aus der dort erfolgten Gegenüberstellung von „Verwandten ... aufsteigender Linie" und „Adoptiv-... Eltern" ergibt sich klar, daß der Reichsstrafgesetzgeber sich jedenfalls bei Abfassung seines Gesetzbuches um die (damals noch dazu so mannigfaltigen) Vorschriften des Zivilrechts nicht gekümmert hat. Hieran ist auch durch das Inkrafttreten des B.G.B.'s nichts geändert; zunächst fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift, welche den Begriff der Verwandtschaft in der Ausprägung, die er im B.G.B. empfangen hat, auf die Normen des R.St.G.B.'s überträgt, ja aus Art. 33 E.G. B.G.B. folgt sogar mittels eines argumentum e contrario, daß eine solche Übertragung nicht beabsichtigt ist.[76]) — Und weiterhin kann man auch die von uns vertretene Ansicht nicht etwa durch den Hinweis widerlegen, daß ja von dem unmittelbaren Vorbilde des § 215, dem preußischen § 179, ebenso wie dem § 189 des Entwurfes I R.St.G.B.'s das Wörtchen „leibliche" (sc. Verwandte) in den Tatbestand des Aszendententotschlags aufgenommen sei. Denn diese scheinbare Verschiedenheit erklärt sich höchst einfach daraus, daß im preußischen St.G.B. und gleichfalls noch im Entwurf I eine dem § 52 Abs. 2 entsprechende Vorschrift fehlte; sobald letztere Aufnahme fand (vergl. Entwurf III § 50 Abs. 2), wurde das nunmehr überflüssige Adjektiv gestrichen (vergl. das. § 210). Endlich stimmt auch die hier verteidigte Auslegung mit der ratio legis überein. Denn weshalb die uneheliche Mutter einen größern Anspruch auf Pietät seitens ihres Kindes besitzen sollte als der außereheliche Erzeuger ist mir nicht recht begreiflich, während es wohl verständlich erscheint, daß

[75]) So z. B. v. Holtzendorff a. O. III 442 f.; v. Wächter 327; Hälschner II 47 Note 2; Meyer 460; Binding, Handbuch I 29; Oppenhoff § 215_1; Olshausen § 215_1 i. V. m. § 52_{13}.

[76]) Gegen die Beweiskraft des Art. 33 EG. B.G.B. Frank § 52 III, aber mit m. E. unzureichender Begründung.

die schwere Strafdrohung des § 215 auf den Totschlag von Adoptiveltern nicht erstreckt wurde.[77])

Weiterhin ist erforderlich, daß sich der Verbrecher bei Verübung seiner Tat des Verwandtschaftsverhältnisses wenigstens eventuell bewußt war. Unhaltbar — und zwar nicht bloß de lege lata, sondern auch de lege ferenda — ist dagegen die Behauptung v. Holtzendorff's III 443, daß die Anwendbarkeit des § 215 ausgeschlossen sei:

„1. Wenn der Getötete selbst fortwährend seine Vaterschaft bestritten [hat] ...

2. Wenn vor rechtskräftig gewordenem Erkenntnis in einem Vaterschaftsprozesse der uneheliche Aszendent getötet wird ...

3. Wenn jemand denjenigen tötet, der sich constante matrimonio der verbrecherischen Vaterschaft rühmt, auch wenn nachträglich der Ehegatte seine Vaterschaft erfolgreich ablehnt ..."

Als Beweis für diese auffallenden Einschränkungen führt v. Holtzendorff lediglich den zweifelhaften Satz an, daß „nach dem Zwecke der strengeren Strafbestimmung" der § 215 nur dann anwendbar sei, „wenn das Vaterschaftsverhältnis zur Zeit der Tötung sowohl objektiv ... als subjektiv ... außer Zweifel [stehe]". Daß dieser Satz selbst wieder nur eine petitio principii enthält, bedarf keiner Darlegung. Soweit aber in der Auffassung v. Holtzendorff's ein vielleicht beachtlicher Kern enthalten ist, wird er durch das auch von uns geforderte Wissen um die Aszendentenqualität des Getöteten genügend berücksichtigt.[78]) — Beteiligen sich dritte Personen an dem Verbrechen des § 215, so findet auf sie gemäß § 50 doch nur die Strafe des gewöhnlichen Totschlages Anwendung, wie umgekehrt nach der gleichen Gesetzesstelle ein Deszendent, der an einem solchen gewöhnlichen Totschlag teilnimmt, aus § 215 bestraft wird.

---

[77]) A. M. bezüglich des letztern Falles de lege ferenda Hälschner II 47; dagegen in beiden Fällen mit unserm Resultate übereinstimmend Frank a. O., der dadurch seinen prinzipiellen Standpunkt in praxi in das Gegenteil verkehrt.

[78]) Doch findet sich in einem Partikularstrafgesetzbuch eine den Holtzendorff'schen Theoremen ungefähr entsprechende Bestimmung. Art. 7 Abs. 2 des bayerischen St.G.B.'s von 1861 verordnete nämlich: „Gegenüber dem außerehelichen Vater und dessen Verwandten kommt ... die außereheliche Verwandtschaft nur dann in Betracht, wenn sie durch ein rechtsgiltiges Anerkenntnis oder durch ein zivilgerichtliches Urteil festgestellt ist." — Mir ist aber diese Norm ebenso wie die Ausführungen v. Holtzendorff's wiederum nur ein Beispiel für die Gefährlichkeit der Verwertung rein-zivilrechtlicher Begriffe im Gebiete des Strafrechts.

3. § 9. Der privilegierte Totschlag.

I. Der § 213, welcher den privilegierten Totschlag behandelt, nimmt in der Gruppe der Tötungsdelikte, ja wohl im ganzen St.G.B. eine gewisse Sonderstellung ein. Denn nicht nur schreibt er — wie dies sonst geschieht — bei dem vom Richter nach freiem Ermessen festzustellenden Vorliegen mildernder Umstände die Verhängung einer geringeren Strafe vor, nein, er statuiert außerdem einen genau und eng umgrenzten Tatbestand, erklärt diesen zu einem mildernden Umstand ex lege und schafft so scheinbar das Sonderdelikt des privilegierten Totschlages. § 213 setzt nämlich Gefängnisstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren (statt der regelmäßigen Zuchthausstrafe von 5—15 Jahren!) fest, wenn

1. „der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen[79]) zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen" war, — oder wenn

2. ihm „andere mildernde Umstände" zur Seite stehen.

In seiner jetzigen schwerfälligen und so ungewöhnlichen Redaktion ist § 213 ein Werk des Reichstags. Noch der Entwurf III § 208 hatte der „anderen mildernden Umstände" keine Erwähnung getan. Obgleich nun durch die gegenwärtige Fassung des § 213 die Bedeutung jenes ex lege aufgestellten Milderungsgrundes erheblich geschwächt ist, so können wir ihn dennoch nicht ganz unerörtert lassen, da ja bei seinem Vorliegen der Richter die so gelinde Strafe des § 213 nicht bloß verhängen kann, sondern verhängen muß. — Vorausgesetzt wird zunächst eine Reizung zum Zorn; doch nicht jede unmotivierte Erzürnung genügt; vielmehr muß der Zorn erregt sein einmal ohne eigne Schuld des Täters und sodann durch eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung desselben oder eines seiner Angehörigen. Insoweit trifft daher auch die an sich sehr bedenkliche Behauptung v. Holtzendorff's a. O. III 437 und Hälschner's II 42 zu, nach welcher § 213 nur dann Platz greift, wenn „der Zorn an sich unter den obwaltenden Umständen gerechtfertigt erscheint" (v. Holtzendorff). — Über die Tragweite des Erfordernisses der unverschuldeten Provokation hat man vielfach hin und her gestritten; es ist einesteils selbstverständlich, daß nicht jegliche Veranlassung des provozierenden Vorgehens durch den Täter die

[79]) Vergl. über diesen Begriff § 52 Abs. 2.

Bestrafung aus § 213 unmöglich macht, wie anderseits auch die Worte „ohne eig. Schuld" nicht zu leicht genommen werden dürfen; war die Mißhandlung usw. seitens des Getöteten mit gutem, vom Totschläger gegebenen Grunde erfolgt, so wird der daraufhin begangene Totschlag nur nach § 212 bestraft werden können.[80]) Dagegen wird die gelinde Strafe des § 213 nicht ausgeschlossen, wenn ein auch noch so naher Angehöriger des Täters die Provokation hervorgerufen hat,[81]) es müßte denn jener auf Antrieb des letztern gehandelt haben.

II. Die Begriffe „Mißhandlung" und „schwere Beleidigung", von denen unsere Stelle spricht, dürfen nicht im technischen Sinne genommen werden.[82]) Und es braucht in dieser Beziehung nur darauf hingewiesen zu werden, wie schon bei der Redaktion des auch hier zum Muster genommenen preußischen St.G.B.'s (§ 177) nicht daran gezweifelt ist, daß unter den schweren Beleidigungen auch der Ehebruch mit dem Gatten des Totschlägers begriffen werde.[83]) — Für die hier vertretene Auffassung spricht ferner die Tatsache, daß unser R.St.G.B. wohl ein Delikt der „Beleidigung", aber nicht der „schweren Beleidigung" und wohl ein solches der „körperlichen Mißhandlung", jedoch nicht der „Mißhandlung" überhaupt kennt.[84]) Es fragt sich daher, welche Bedeutung wir jenen Begriffen beilegen müssen. Dabei verkennen wir freilich durchaus nicht, daß jeder Versuch, dergleichen vom Gesetzgeber absichtlich un-

---

[80]) Ähnlich auch die herrschende Lehre (vergl. z. B. Hälschner II 42, v. Schwarze § 213$_2$, Oppenhoff § 213$_2$, Olshausen § 213$_{3b}$); zu weit geht wohl Schütze 384, welcher die Worte „ohne Verschulden" mit „ohne überwiegenden Anlaß" wiedergibt.

[81]) Beispiel: A. erfährt, daß er von dem mutwilligen Knaben des B. bestohlen ist. In Wut hierüber beschimpft er den B. gröblich, weil er seinen Sohn nicht besser erzogen habe; B. schlägt, über diese Vorhalte erregt, den A. nieder. — An der Anwendbarkeit des § 213 ist nicht zu zweifeln.

[82]) Herrschende Meinung; gegenteiliger Ansicht Rubo § 213$_{3/4}$ und bezüglich der Mißhandlung (aber nur dieser!) Merkel in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Totschlag", Meyer 461 Note 11, Olshausen § 213$_3$a.

[83]) Vergl. Goltdammer, Materialien II 375 Ziff. 4; ferner Olshausen § 213$_3$a.

[84]) Aus dem im Text Bemerkten ergibt sich auch, daß die zur Anwendung des § 213 erforderte „Mißhandlung", bezw. „schwere Beleidigung" selbst von Personen verübt werden kann, welche an sich (z. B. wegen mangelnder geistiger Gesundheit) eine strafrechtlich relevante Handlung überhaupt nicht begehen können.

bestimmt gelassene Ausdrücke zu definieren, immer etwas Willkürliches an sich trägt. Jedoch werden wir wohl nicht allzu sehr in die Irre gehen, wenn wir unter „schwerer Beleidigung" und „Mißhandlung" jede erhebliche, sei es physische oder psychische Affektion begreifen, ohne uns mit Hälschner II 42 und Olshausen § 213$_{3a}$ dafür zu entscheiden, ob unter jener lediglich seelische, unter dieser lediglich körperliche Kränkungen zu verstehen sind.[85]) Es bedarf dabei keiner Erwähnung, daß der Provokant sich jener von ihm verursachten Kränkung nicht bewußt, noch daß sie gerade auf den Totschläger oder dessen Angehörige gemünzt zu sein braucht; es genügt, daß sie für die erwähnten Personen objektiv kränkend war und als solche von dem Totschläger empfunden wurde.[86]) — Ferner ist noch zu bemerken: da die beiden hier besprochenen Begriffe nicht technisch zu nehmen sind, so kann auch der Umstand allein, daß der Provokant in Wahrung berechtigter Interessen handelte, oder daß er den Wahrheitsbeweis für seine provokatorische Beleidigung hätte erbringen können, die Anwendbarkeit des § 213 nicht aufheben.[87]) Und ebenso wird eine Mißhandlung im Sinne des Paragraphen durch ein etwaiges Züchtigungsrecht des Provokanten gegenüber dem Totschläger nicht ausgeschlossen. Aus dem Gesagten folgt auch, wie irrig die von verschiedenen Seiten (vergl. z. B. Oppenhoff § 213$_7$) aufgestellte Behauptung ist, derzufolge „die befugte Tätigkeit eines Beamten nie eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung [soll] darstellen [können]".[88])

---

[85]) Vergl. auch v. Holtzendorff a. O. III 437 f., welcher gleichfalls nicht in der von Olshausen angegebenen Weise distinguiert.

[86]) Ähnlich auch v. Holtzendorff a. O. III 437, wenn er bezüglich der schw. Bel. als entscheidendes Moment betrachtet, ob „der Getötete eine Handlung beging, welche ihrer Natur nach einen gerechten Zorn im Totschläger wirken konnte also für diesen individuell schwer beleidigend war".

[87]) Vergl. auch Note 84. — A. M. z. B. v. Schwarze § 213$_2$.

[88]) Beispiel: A. soll verhaftet werden, er leistet aber dem mit seiner Festnahme beauftragten Gendarmen so erheblichen Widerstand, daß dieser ihn nur mit energischer Gewaltanwendung von der Stelle bringen kann. B., der Vater des A., schlägt, erzürnt über eine solche Behandlung seines Sohnes, den Gendarmen auf der Stelle nieder. Diese Tat kann, auch wenn der letztere seine Befugnisse in keiner Weise überschritten hat, doch nur nach § 213 beurteilt werden. — Anders würde der Fall liegen, wenn A. selbst den Totschlag verübt hätte, da unter dieser Voraussetzung die Provokation seitens des Beamten auf einem eignen Verschulden des A. beruhen würde.

III. Will der Totschläger auf die Wohltat des § 213 Anspruch machen, so genügt es freilich nicht, wenn seine Tat lediglich durch eine erfolgte Provokation verursacht war, vielmehr muß sie weiterhin noch während des Fortwirkens der durch die Provokation erzeugten zornigen Gemütsstimmung und zwar alsbald nach dem Wirksamwerden der Reizung begangen sein. Denn das Gesetz erfordert, daß der Delinquent durch diese „auf der Stelle zur Tat hingerissen" ist.[89]) Gegenüber einer solch energischen Sprache kann ich es nicht als richtig zugeben, wenn v. Liszt 309 den Worten „auf der Stelle" auch die zeitliche Bedeutung absprechen will, wogegen ich ihm mit der gemeinen Meinung darin beipflichte, daß die ersteren nicht örtlich aufzufassen sind.

IV. Weniger Worte bedarf noch die Zulassung anderer mildernder Umstände im § 213. Dieselbe ist von den einen (z. B. Hälschner II 43) scharf getadelt, von den anderen (so v. Wächter 325) ebenso lebhaft gebilligt worden. Wir glauben, zu diesem Streit in folgender Weise Stellung nehmen zu sollen. Gegenüber dem an sich schon bedenklich niedrigen Strafrahmen des § 212[90]) erscheint die Aufstellung eines noch gelindern Strafsatzes für irgend welche Milderungsgründe überhaupt als verfehlt. Will man aber mit der lex lata auf einen solchen nicht verzichten, dann wäre es m. E. willkürlich, denselben auf einen so eng begrenzten Tatbestand zu beschränken, wie dies der Provokationstotschlag im Sinne des § 213 ist. In letzterer Beziehung braucht nur daran erinnert zu werden, daß Beleidigungen oder Mißhandlungen, die sich gegen Schutzbefohlene oder nahe Freunde des Totschlägers richten, oft ebenso provozierend wirken werden, als wenn sie auf Angehörige des Täters zielten. In gleicher Weise wird auch der im (strafbaren) Notwehrexzeß (vergl. § 53 Abs. 2) begangene Totschlag häufig eine ebenso milde Beurteilung erheischen wie die Verübung dieses Deliktes im Falle der Provokation. — Läßt man jedoch einmal generell mildernde Umstände zu, so erscheint die besondere Hervorhebung des provozierten Totschlages als überflüssig. Aber noch in einer andern Hinsicht gibt der § 213, selbst wenn wir unser oben

[89]) Insoweit hat also v. Holtzendorff a. O. III 439 Recht mit der Behauptung: „Die Provokation [im strengen Sinne hat] einen weiteren Umfang als das auf der Stelle wirksame Hingerissensein."

[90]) Noch Preußen § 176 hatte im Falle des Totschlages als Strafe lebenslängliches Zuchthaus ohne Zulassung allgemein mildernder Umstände.

geäußertes prinzipielles Bedenken hier zurücktreten lassen, Grund zu dem schwersten Tadel: die Zulassung einer Gefängnisstrafe für die Vernichtung eines Menschenlebens kann m. E., solange wir überhaupt die Zuchthausstrafe beibehalten, niemals gerechtfertigt werden,[91]) und das geringe Mindestmaß der erstern bringt zudem den § 213 in schwere Konflikte mit den Normen der §§ 216 und 217.[92])

V. Endlich aber schließt die mißglückte Fassung des § 213 noch eine nicht unerhebliche dogmatische Schwierigkeit in sich. Es bleibt nämlich zu erwägen, ob § 213 trotz der angedrohten Gefängnisstrafe das Verbrechen des Totschlages in einer mildern Erscheinungsform oder ein besonderes Vergehen der provozierten Tötung pönalisiert; im ersten Falle wäre der Versuch gemäß § 43 strafbar, im letztern müßte er nach § 43 Abs. 2 straflos bleiben. — Auf den ersten Blick könnte man vielleicht den Mischtatbestand des § 213 teils (nämlich bezüglich der anonymen mildernden Umstände) in jener Weise, teils (soweit der Provokationstotschlag in Betracht kommt) in dieser Form charakterisieren.[92a]) Das Wörtchen „andere" (sc. mild. Umst.) und die hierdurch dokumentierte „Gleichstellung der benannten mild. Umst. mit den unbenannten" (Frank § 213 I) schließt aber eine solche Zerlegung des § 213 aus und läßt nur der einheitlichen Auffassung desselben im Sinne der ersten Alternative Raum.[93])

---

[91]) Abgesehen von jenen Vorschriften des R.St.G.B.'s, deren Aufnahme und Fassung einen Zankapfel der politischen Parteien bildete, gehört § 213 wohl zu den meist bekämpften Normen des besondern Teiles (vergl. Meyer im G.S. 33, 145; Hälschner II 44 und namentlich die glänzende Kritik Johns in G.A. 25, 396/404). — Mit berechtigter Entrüstung meint der letztere a. O. 401: „Wenn die Gesetzgebung das Menschenleben derartig gering achtet, will man sich dann wundern, wenn die Verbrecher das menschliche Leben auch nicht höher achten!"

[92]) Siehe unten § 10 VII, bezw. § 11 I Note 122.

[92a]) So tatsächlich Erlanger, d. materiellrechtliche u prozessuale Bedeutung d. § 213 R.St.G.B.'s (Heft 49 d. Beling'schen Abhandl. — 1903) S. 31 u. a.

[93]) Herrschende Ansicht! (vergl. v. Liszt 309; Oppenhoff § 213_{10}; Olshausen § 213_2; Frank § 213 I; E. 14,298); a. M. namentlich Schütze 384, der Note 5 das. seine Auffassung mit der bedenklichen Behauptung begründen will, daß selbst die mild. Umst. des § 213 „nicht technisch gemeint" seien. — Mit der hier verfochtenen materiellen Gleichartigkeit der Provokation und der anonymen mild. Umst. ist m. E. auch ihre Gleichbehandlung vom Standpunkt des formellen Rechts (siehe namentlich R.St.P.O. § 262 Abs. 1/2, § 295 Abs. 1 einer- und § 297 Abs. 2 anderseits) notwendig geboten. Leider wird dies vom Reichsgericht a. O. in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (vergl. Citate bei

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß § 213, wie seine Stellung im System des Gesetzbuches ergibt und zudem niemals bezweifelt wurde, auf die qualifizierten Tatbestände der §§ 214 und 215 keine Anwendung findet.

II. Sonderfälle der vorsätzlichen Tötung.

1. § 10. Die Tötung auf Verlangen.

I. Den Ring der (vorsätzlichen) Tötungsdelikte schließt das geltende Recht mit den §§ 216 und 217, von denen jener die Tötung auf Verlangen, dieser den Kindesmord behandelt.[94]) Beide Straftaten erscheinen nach ihrer Stellung im Rahmen unseres Gesetzbuches als Sonderdelikte, nicht aber gelten sie dem Gesetzgeber trotz ihrer gegenüber dem § 212 wesentlich erniedrigten Strafrahmen als privilegierte Fälle des Generaldeliktes der vorsätzlichen Tötung. — Auf diesen Satz, der vor allem rücksichtlich des § 216 lebhaft umstritten ist, werden wir noch an anderer Stelle zurückkommen. Hier müssen wir zunächst uns mit der speziellen Erörterung der letzteren Norm befassen.

II. Von sämtlichen in unserer Arbeit besprochenen Paragraphen ist der § 216 der einzige, welcher nicht in ähnlicher oder gleicher Form sich im preußischen St.G.B. befunden hat. Dem letztern war vielmehr eine entsprechende Bestimmung überhaupt fremd; maßgebend für die vorliegende Stelle war dagegen der Art. 157 des sächsischen St.G.B.'s von 1855, welcher abgesehen von der Strafdrohung nahezu wörtlich übernommen ist.[95]) Diese Entstehungsgeschichte ist für die Dogmatik des § 216 nicht zum Vorteil gewesen. Es fehlte das sichere Fundament der preußisch-rechtlichen Theorie, und die wissenschaftlichen Bearbeitungen des sächsischen Strafrechts

---

Olshausen § 213$_8$) auf Grund einer allzu ängstlichen Wortauslegung des § 262 R.St.P.O. geleugnet.

[94]) Dabei sehen wir von den in den §§ 80 und 81 Ziff. 1 pönalisierten Tatbeständen ab, da diese infolge ihres hochpolitischen Charakters aus dem Kreis der Tötungsdelikte völlig herausfallen. — Ebenso muß die vorsätzliche Tötung im Duell vermöge ihrer historisch entstandenen Sonderstellung unberücksichtigt bleiben.

[95]) Doch finden sich ganz ähnliche Bestimmungen noch in einer Reihe weiterer Partikulargesetze (vergl. z. B. Sachsen (1838) Art. 125, Württemberg Art. 239, Braunschweig § 147, Großherzogtum Hessen Art. 257, Baden § 207, Nassau Art. 250, Thüringen Art. 120). Interessant ist auch, daß bereits das A.L.R. im § 834 II 20 eine besondere Vorschrift gegen die Tötung auf Verlangen hatte.

konnten diesen Mangel weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht ersetzen. — Was die Wissenschaft des R.St.G.B.'s vorfand, waren im wesentlichen nur spitzfindige Streitigkeiten über die rechtliche Natur unseres Deliktes, über die Frage, ob die Tötung ohne entgegenstehenden Willen des Getöteten eine rechtswidrige oder nur eine unsittliche Handlung sei und demnach ihre Pönalisierung ein „Rechts-" oder nur ein „Polizeivergehen" schaffe. Diese Doktorfrage mochte vielleicht Berechtigung haben, solange das geschriebene Recht über die Tötung auf Verlangen schwieg; trotzdem wurde sie aber noch bis in die neueste Zeit in der Litteratur des § 216 mitfortgeschleppt.[96]) — Und noch ein anderer Mißstand ist zu erwähnen. Des sichern Anhalts einer Gesetzesnorm beraubt, stellte vor allem die preußische Wissenschaft nicht die präzise Frage nach der Behandlung einer Tötung auf Verlangen, sondern versuchte in Anlehnung an die gefährliche Parömie „volenti non fit injuria" das komplizierte Problem der Einwilligung des Verletzten an dem Sonderfall der Tötungsdelikte zu beantworten. Und auch in dieser Beziehung hat der Einfluß der Litteratur des Partikularrechts die formale Herrschaft des letztern überdauert.[97]) Erst allmählich ist man zur klaren Einsicht gelangt, daß unser geltendes Recht sich nun einmal nicht mit der bloß passiven Zustimmung (der Einwilligung) des Getöteten begnügt, sondern darüber hinausgehend eine aktive — und selbstverständlich freie — Willensbetätigung, ein Todes-

[96]) Vergl. z. B. v. Holtzendorff a. O. III 445; v. Wächter 189; Hälschner I 470 f.; Jeselsohn, Zur Auslegung d. § 216 (Erl. Dissert. — 1896) S. 31; Guderian, Die Beihülfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden — 1899 S. 53. — Doch erkennt schon Hälschner II 55 an, daß die hier erwähnten Kontroversen praktisch bedeutungslos sind. — Die richtige Auffassung unseres Deliktes wurde bereits im Jahre 1827 vom Pariser Kassationshof mit der seine Urteile so oft auszeichnenden präzisen Eleganz in dem Satze formuliert: „que les lois qui protégent la vie des hommes sont d'ordre public; que les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies" (vergl. Chauveau u. Faustin Hélie, Théorie du Code péual — 6. Aufl. 1887 — B. III 479).

[97]) Ein charakteristisches Beispiel für diese Behauptung bildet Ortmann im G.A. 25, 117 f., ferner auch v. Wächter 190; bedenklich auch Hälschner II 55 Note 2, nach dem „dies Verlangen ... allerdings nichts anderes wie Einwilligung" [sein soll].

verlangen, erfordert. Aber selbst dieses Requisit wird noch näher umgrenzt. Zunächst muß das Verlangen „ausdrücklich" (durch Wort, Schrift oder entsprechende Gebärde) kundgegeben sein.[98]) — Wenn aber das Gesetz weiterhin noch die Ernstlichkeit des erstern besonders betont, so hat man nicht ohne Grund behauptet, daß dieser Zusatz eigentlich überflüssig sei; denn „nur ein ernstlich Verlangen ist in der Tat ein Verlangen" (Binding, Handbuch I 35).[99]) Und doch möchte ich die ausdrückliche Hervorhebung der Ernstlichkeit im Gesetze nicht gern entbehren. Selbst wenn hier allein ein Pleonasmus vorläge, so würde er doch ein Zeichen für die ängstliche Strenge sein, mit welcher der Gesetzgeber das Freigebiet des § 216 umgrenzt. Ich glaube aber, daß dieses Wörtchen „ernstlich" noch darüber hinaus für das Verständnis unserer Stelle nach manchen Richtungen hin schätzenswerte Fingerzeige gibt.

Diese Behauptung bewahrheitet sich zunächst gegenüber der lebhaften Streitfrage, welche Personen ein für § 216 beachtliches Tötungsverlangen stellen können. Es leuchtet hier ohne weiteres ein, daß etwa Kinder unter 7 Jahren zu dieser Kategorie nicht gezählt werden dürfen. Aber wir werden den Kreis noch viel enger ziehen müssen. Nur der kann „ernstlich" den Tod verlangen, der in verständiger Einsicht sich der ganzen Tragweite seiner Forderung namentlich auch nach ihrer religiös-sittlichen Seite hin bewußt wird. Diese Voraussetzung ist aber nur beim Vollbesitz der Geisteskräfte gegeben, sie fehlt dagegen im Falle dauernder Geistesstörung, vor allem auch bei der (krankhaften) Melancholie,[100]) ebenso wie in Stadien einer

---

[98]) Es genügt also nicht, wenn der Täter das (faktisch vorhandene) Verlangen nur präsumiert oder aus konkludenten Handlungen gefolgert hat (com. op.; abweichend nur Ortmann in G.A. 25, 117).

[99]) Ebenso Ortmann in G.A. 25, 117; Jeselsohn a. O. 40; Guderian a. O. 64; — a. M. v. Schwarze § 216$_2$: „Das Verlangen soll ein ernstliches sein; d. h. nicht ein Verlangen, das offenbar als ein unüberlegtes sich darstellt. Das Requisit ist daher nicht überflüssig". M. E. ist jedoch diese Auslegung zu streng.

[100]) a. M. Binding, Handbuch I 35 und vor allem Frank § 216 II 2. Letzterer versteht unter „ernstl. Verl." ein solches, das dem „wahren Willen des zu Tötenden" entspricht. Er schließt daher auch bei Geistesgesunden den § 216 aus, „wenn das Verlangen nur der Ausfluß vorübergehender Stimmung ist", und erklärt anderseits ein Verlangen von Geisteskranken oder Jugendlichen dann für ausreichend, wenn sie im stande seien, „einen wahren Willen zu haben." — Nach beiden Richtungen hin erscheint mir der Standpunkt Franks als verfehlt.

vorübergehenden Trübung, bezw. Aufhebung der Bewußtseinstätigkeit (Trunkenheit, Suggestionszustände). Sie dürfte ferner auch bei den noch nicht erwachsenen, aber geistesgesunden Menschen regelmäßig[101]) entfallen.

Die besondere Hervorhebung der Ernstlichkeit führt uns ferner dazu, ein solches Verlangen auszuschließen, das den Eintritt des Todes an den Ablauf eines längern Zeitraums oder an Bedingungen knüpft, welche offenbar mit dem Motiv des erstern nicht im Zusammenhang stehen.[102])

III. Das Verlangen in der eben beschriebenen Gestalt wird aber nur dann mildernd berücksichtigt, wenn der Täter durch dasselbe zur Tötung „bestimmt" ist; das will nicht sagen, daß der erste Vorschlag, die Initiative, von dem Getöteten ausgehen muß (so freilich Rüdorff-Stenglein § 216,), auch nicht daß kein anderes Motiv in der Seele des Täters wirksam werden darf,[103]) sondern nur daß jenes Verlangen den ausschlaggebenden Faktor bildet.[104]) — Die Strenge der bisher besprochenen Voraussetzungen läßt es wenig angezeigt erscheinen, das Gebiet des § 216 noch weiter durch restriktive Auslegung einzuengen. Von diesem Gesichtspunkt aus muß es als unrichtig angesehen werden, wenn die freilich durchaus herrschende Lehre den § 216 dann ausschließt, sobald der Aufgeforderte die Tötung etwa zu einer andern Zeit oder auf andere Weise als verabredet ausführt, sobald sie nicht „dem Willen des Verlangenden in allem Wesentlichen [entspricht]" (v. Liszt 313 II).[105])

---

[101]) Zu eng v. Liszt 313: „Erforderlich ist das freie und bewußte Verlangen eines zurechnungsfähigen Erwachsenen." — Allgemeiner und wohl auch zutreffender die herrschende Lehre, indem sie sich mit geistiger Reife begnügt (vergl. z. B. Keßler, D. Einwilligung des Verletzten (1884) 102 f.; Breithaupt, Volenti non fit injuria (1891) S. 20; Jeselsohn a. O. 42; Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten (Straßb. Diss. — 1897) S. 23.

[102]) Dagegen halten v. Holtzendorff III 445, Hälschner II 56 und Jeselsohn 39 ein bedingtes oder befristetes Verlangen überhaupt für unzureichend. Der hierfür angegebene Grund: es könne in solchen Fällen „der Tötende nicht sicher sein, daß der Wille auf der andern Seite unverändert derselbe geblieben [sei]" (v. Holtzendorff a. O.) scheint mir weder durchschlagend noch auch an sich allgemein zutreffend zu sein.

[103]) Wie v. Schwarze § 216, und Keßler a. O. 82 meinen.

[104]) Ebenso Olshausen § 216,; Ortmann in G.A. 25, 111; Breithaupt a. O. 51; Jeselsohn a. O. 32; Meyer 462 f.

[105]) Vergl. auch v. Holtzendorff III 447: Ortmann in G.A. 25, 109; Jeselsohn a. O. 44.

Zuzugeben ist den Gegnern allerdings, daß erhebliche Abweichungen von den Wünschen des Getöteten die Anwendung des § 216 unter Umständen ausschließen *können*, aber nur dann und insoweit als sich aus jenen Abweichungen ergibt, daß eben nicht das Verlangen für den Entschluß zur Tötung entscheidend gewesen ist. Notwendig ist jedoch diese Folgerung keineswegs; sie wird namentlich auch nicht durch den Hinweis auf eine (angebliche) Analogie mit der Anstiftung (§ 48) gerechtfertigt.[106]) Denn anders als bei dieser stimmt hier die Tat im „Wesentlichen", nämlich im Erfolge, stets mit dem Willen des „Anstifters" überein; demgegenüber können Abweichungen auf dem Wege zu seiner Erreichung *an sich* nur untergeordnete Bedeutung beanspruchen. — In gleicher Weise müssen wir entgegen der herrschenden Lehre nach dem klaren Wortlaut des § 216 behaupten, daß es keinen Unterschied macht, ob der Täter auch derjenige war, an welchen sich unmittelbar das Verlangen richtete, oder ein Dritter, welcher vielleicht zufällig von demselben Kenntnis erlangt hatte und hierdurch zur Tat bestimmt war.[107])

IV. Geringe Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob § 216 auch dann noch Anwendung findet, wenn der Täter ein in Wahrheit nicht vorhandenes Verlangen irrtümlich für vorliegend erachtet. Von der weitaus herrschenden Lehre[108]) wird dies Problem im bejahenden Sinne erledigt, obschon die Vertreter derselben in ihren Gründen differieren.[109]) M. E. reicht schon der Satz: „error facti non

---

[106]) Freilich liegt diese Analogie verführerisch nahe, da in beiden Paragraphen von einem „Bestimmen" zur Tat die Rede ist.

[107]) Tatsächlich wird es auch dem den Tod Verlangenden meist gleichgültig sein, wer seinen Wunsch erfüllt. (Man denke an den schwer verwundet niedergesunkenen Soldaten, der jeden vorüberkommenden Kameraden anfleht, seinem Leiden ein Ende zu machen.) Sollte aber auch jene Voraussetzung einmal nicht zutreffen, so erscheint es m. E. irrationell, einem Dritten, auf den jenes nicht an ihn persönlich gerichtete Verlangen motivierend eingewirkt hat, die Wohltat des des § 216 zu versagen.

[108]) Gegenteiliger Meinung jetzt wohl nur noch v. Liszt 313 II.

[109]) So rechtfertigen v. Buri in G.S. 29, Beilagenheft S. 200 und Olshausen § 216, ihre Ansicht damit, daß „der Vorsatz dessen, der von der Einwilligung, wenn auch irrtümlich überzeugt ist, in Wirklichkeit nicht von dem Umfang des Vorsatzes des § 211 [ist], da dieser gerade eine ohne den Willen des Getöteten vollzogene Tötung ... verlangt" (v. Buri) (ähnlich auch Meyer 160, 463 und Frank § 216 IV). — Auf analoge Anwendung des § 59 beruft sich Guderian 65, auf Analogie schlechtweg Binding, Handbuch I 35. — v. Holtzendorff III 447, Jeselsohn 40 und Oppenhoff § 216, endlich führen aus,

nocet“ aus, um jene Auffassung zu rechtfertigen, die ja auch nur der Billigkeit entspricht. — Gerade umgekehrt ist der Tatbestand gelagert, wenn der Tötende von dem vorhandenen Verlangen keine Kenntnis hatte; hier entfällt selbstverständlich § 216, denn das erstere kann in diesem Falle nicht als Bestimmungsgrund wirksam geworden sein.[110]) — Dasselbe gilt (und zwar auch aus dem eben angeführten Grunde), wenn ein früher ausgesprochenes Verlangen dem Täter gegenüber rechtzeitig widerrufen ist.

V. Die Strafe des § 216 ist Gefängnis von 3—5 Jahren, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Tötende mit oder ohne Überlegung das Delikt ausführte. Über die Behandlung des Versuches fehlt eine ausdrückliche Vorschrift. Für dieses Problem wird die schon oben (unter I) erwähnte selbständige Natur unseres Deliktes bedeutsam. Läßt sich dartun, daß § 216 im System unseres Gesetzbuches als delictum sui generis erscheint, so muß, da er eine Vergehensstrafe androht, auch der Versuch einer Tötung auf Verlangen als *solcher* straflos bleiben. Für jene prinzipielle Auffassung des § 216 spricht nun entscheidend seine Stellung im Gesetze. Hätte das letztere ihn nur als privilegierten Fall der vorsätzlichen Tötung behandelt, so war sein Platz hinter dem § 213; statt dessen bringt ihn das R.St.G.B. erst nach den §§ 214/215, den qualifizierten Totschlagsdelikten.[111]) — Doch ist unsere Ansicht von der Natur des § 216 nicht unbestritten. Gegen sie haben sich neben Hälschner II 58 und Oppenhoff § 216,6,7 in neuerer Zeit namentlich zwei Schriftsteller, Hücking in G.A. 35, 169 ff. und Garrelts, Über die Tötung auf Verlangen als Verbrechen (Tübinger Diss. — 1896) mit großer Energie erklärt. Und man wird den Gegnern zunächst einräumen müssen, daß die Stellung des

daß irrige Annahme eines nicht vorhandenen Verlangens einen unbeachtlichen Tatirrtum darstelle.

110) Verfehlt Ortmann in G.A. 25, 119, der in diesen Fällen Mord- (bezw. Totschlags-) Versuch am untauglichen Objekt annimmt.

111) Zur Unterstützung unserer Ansicht pflegt man weiter darauf hinzuweisen, daß im § 216 überlegte und nichtüberlegte Ausführung äußerlich einander gleichgestellt sind und ferner die Tötung auf Verlangen in Sachsen — wie v. Schwarze im G.S. 34, 178 bezeugt — stets als selbständiges Delikt behandelt ist. Das erste Argument könnte man allenfalls noch gelten lassen (a. M. freilich Hücking in G.A. 35, 178), gegen die Grundlage des zweiten sprechen aber trotz der Autorität v. Schwarze's recht erhebliche Bedenken (vergl. Garrelts, Über d. Tötung auf Verl. als Verbrechen (Tübinger Diss. — 1896) S. 11 f.).

§ 216 an sich ein absolut zwingendes Argument nicht abgeben kann. Würde etwa § 216 so lauten: „Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist statt der in den §§ 211/215 festgesetzten Strafen auf Gefängnis 2c. zu erkennen", — dann dürfte er trotz seiner Stellung nicht als del. sui gen. anzusprechen sein. Aber unsere Norm enthält nun einmal diesen Hinweis auf die §§ 211 ff. nicht. Die sonstigen in großer Zahl beigebrachten Gegenargumente scheinen mir aber nicht durchschlagend zu sein. Dies gilt zunächst von den historischen Nachweisungen bei Garrelts S. 11/26. Selbst wenn es richtig wäre, daß Sachsen, Württemberg, Braunschweig, Hessen und Baden[112]) die Tötung auf Verlangen nicht als selbständiges Delikt angesehen,[113]) und wenn die deutsche Wissenschaft kurz vor der Emanation des R.St.G.B.s diese Auffassung ganz allgemein geteilt hätte, so ist sie eben seitens des Reichsstrafgesetzgebers durch die von ihm beliebte Stellung des § 216 reprobiert. — Weiter führt Garrelts an, „die Fassung ... [sei] die gleiche, welche das Gesetz überall da anzuwenden [pflege] ..., wo es nur eine mildere Strafzumessungsvorschrift [gebe]" (S. 46), und es ließe sich auf den Wortlaut des § 216 keine selbständige Anklageformel aufbauen (S. 48 f.). Gegen das erste Argument spricht jedoch schon der Umstand, daß es in sich unzutreffend sein dürfte, das zweite enthält lediglich den Hinweis auf eine redaktionelle Unvollkommenheit, der eine so erhebliche sachliche Bedeutung gewiß nicht zugeschrieben werden darf.[114]) — Endlich hat man aber gar die Stellung des § 216 selbst gegen uns ins Feld geführt. Hier interessieren folgende Darlegungen Hückings in G.A. 35, 175:

„Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die ... [Tötung auf Verlangen] mit dem [zweifellos ein del. sui gen. bildenden]

---

[112]) Vergl. die Zusammenstellung oben Note 95.

[113]) Was übrigens aus hier nicht näher zu erörternden Gründen bezüglich der drei letztgenannten Staaten sehr zweifelhaft erscheint.

[114]) Mit der gleichen Erwägung können wir auch den Einwand zurückschlagen, daß aus § 216 gemäß seiner Wortfassung eine Schuldfrage im schwurgerichtlichen Verfahren nicht gestellt werden könne (Hücking a. O. 180 ff.). — Gegen dies letztere Argument läßt sich weiter anführen, daß nach unserer Lehre § 216 außer im Falle des Zusammenhanges überhaupt nicht zur schwurgerichtlichen Kognition gehört. Endlich aber ist es unzulässig, von der im Jahre 1877 verkündeten R.St.P.O. auf das 1870 emanierte R.St.G.B. zu schließen (vergl. Jeselsohn 30 f.).

Kindesmorde gleicher Qualität sei, so würde sie diesem in der Reihenfolge der §§ des St.G.B.s nachzufolgen gehabt haben, ebenso wie der Totschlag hinter dem Morde rangiert, da ja das Infanticidium das strafbarere Reat ist."

Dieser Satz könnte gegenbeweislich wirken, wenn in den einzelnen Abschnitten des R.St.G.B.s stets die schwereren Fälle den leichteren vorangestellt wären. Daß dies nicht der Fall, ergibt ein Blick auf die §§ 185/187 und 223 ff., welche Beispiele sich leicht noch vervielfältigen lassen. Und um so bedeutungsloser erscheint jener Einwand, wenn wir uns des äußerlichen Grundes erinnern, der den Gesetzgeber veranlaßte, entgegen den Regeln der Logik den Mord vor dem Totschlage zu erledigen (vergl. oben § 3 a. E.).

VI. Man sollte meinen, daß mit den eben gegebenen Darlegungen das Problem des Versuches aus § 216 im wesentlichen erledigt wäre. Leider ist dies jedoch nicht der Fall. Es ist vielmehr vom Reichsgericht[115]) der Satz aufgestellt worden, daß, sobald jener Versuch objektiv zu einer Körperverletzung geführt habe, stets eine Bestrafung des Täters aus §§ 223 ff. statthaben müsse:

„Denn wer den Vorsatz hat, einen Menschen zu töten, hat mit Notwendigkeit auch den Vorsatz, diesen körperlich zu verletzen" (E. 28, 212).

Der hier citierte Satz erscheint allerdings auf den ersten Blick sehr bestechend; und doch läßt sich m. E. seine Unrichtigkeit leicht aufdecken. Freilich hat der, welcher töten will, zugleich die Vorstellung und den Willen zu verletzen, da „die Tötung eines Menschen anders als durch Verletzung seines Körpers . . . nicht denkbar [ist]" (E. a. O.). Mit jenem Gedankengang verbindet sich aber weiterhin in der Seele des Täters der Wille und die Vorstellung, über die Verletzung hinaus zur Vernichtung des den Tod Erflehenden zu gelangen. Die Möglichkeit, dieses letzte Ziel nicht zu erreichen, wird dem Täter meist wohl überhaupt nicht zum Bewußtsein kommen. Soweit er aber mit derselben rechnet, wird er gerade im Falle des § 216 ihren Eintritt nach besten Kräften zu vermeiden suchen und somit gemäß den von ihm getroffenen Veranstaltungen den letztern für ausgeschlossen erachten. — Ein Erfolg aber, dessen Eintritt zwar als immerhin möglich vorgestellt, jedoch gleichzeitig als

---

[115]) Vergl. namentlich Vereinigte Strafsenate in E. 28, 200 ff. — Wie das Reichsgericht Schlecht in dieser Zeitschrift 19, 855 f.

durchaus unwahrscheinlich abgelehnt wird, kann nach allgemeinen Regeln nicht zum Vorsatz zugerechnet werden. Demnach kann also durchgängig eine Bestrafung des Versuches aus § 216 unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen Körperverletzung nicht stattfinden.[116]) Das Gegenteil kann nur für jene gewiß recht seltenen Fälle gelten, in welchen der Täter die Gefahr, nur bis zur Körperverletzung zu gelangen, als naheliegend erkennt, aber trotz dieser Erkenntnis mit der Ausführung der Tötung beginnt, da es ihm gleichgültig ist, ob er dieselbe vollenden kann oder nicht (Fall des dolus eventualis). Verwirklicht sich dann jene vorausgesehene Gefahr, so trifft den Täter mit Recht die Strafe der Körperverletzung.[117]) Und man kann gegen dieses Resultat nicht etwa einwenden, daß in den eben vorausgesetzten Fällen die Versuchsstrafe unter Umständen (nämlich beim Vorliegen einer schweren Körperverletzung) härter sei als die im § 216 auf das vollendete Delikt gesetzte Strafe.[118]) Denn es wird ja hier in Wahrheit nicht ein Versuch aus § 216, sondern eine mit demselben ideell konkurrierende, vollendete Straftat geahndet. Und daß die letztere, obwohl nur eine Leibesverletzung darstellend, möglicherweise noch strenger bestraft werden kann als der im § 216 vorgesehene Fall der Leibesvernichtung, läßt sich legalpolitisch sehr wohl rechtfertigen. Wer die seelischen oder körperlichen Leiden eines den Tod Heischenden beendigen will, dessen Tat erscheint durchgängig milder als die Handlungsweise desjenigen, der auf Grund eines eventuellen Dolus seinem unglücklichen Opfer statt des ersehnten Todes noch neue und zwar äußerst erhebliche Wunden (vergl. § 224 St.G.B.'s) schlägt.[119]) — Endlich wird

[116]) Wohl aber darf unter Umständen die eingetretene Körperverletzung dem Täter zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden und zwar dann, wenn er nach Lage der Sache und bei Aufwendung pflichtmäßiger Aufmerksamkeit hätte voraussehen sollen und können, daß er über die Körperverletzung nicht hinauskommen würde.

[117]) Im Resultat übereinstimmend v. Liszt 313 III, Beling in dieser Zeitschrift 18, 285 f.

[118]) So z. B. Jeselsohn 52; Joski, Die Einwilligung des Verletzten (Diss. — 1899) S. 30; Binding, Handbuch I 36.

[119]) Sollte aber einmal im konkreten Einzelfalle die hier aufgestellte Wertgleichung zwischen der Tötung auf Verlangen und der schweren Körperverletzung sich in das Gegenteil verwandeln, so bietet § 228 ausreichenden Spielraum, um den besonderen Umständen des erstern Rechnung zu tragen. Und zwar gilt dies unbedingt, da die keine mildernden Umstände zulassenden §§ 225 und 229 als Absichtsdelikte hier, wo nur ein eventueller Körperverletzungsdolus in Frage kommen kann, außer Anwendung bleiben müssen.

unsere Auffassung auch nicht dadurch widerlegt, daß die Anhänger der unbedingten Straflosigkeit des „Versuches aus § 216" sich auf die angebliche Subsidiarität der Körperverletzung im Verhältnis zur Tötung berufen.[120]) Denn dieses irrige Dogma der Subsidiarität basiert m. E. nur auf einer ungenügenden Erfassung des Dolusbegriffes, auf der Verkennung einer möglichen Idealkonkurrenz zwischen direktem Vernichtungs- und eventuellem Verletzungsvorsatz und umgekehrt.

VII. Aus der oben zu V festgelegten selbständigen Natur des § 216 ergibt sich noch weiterhin — und zwar m. E. notwendig — die Folge, daß § 213 trotz seiner erheblich niedrigern Mindeststrafe für den Fall einer Tötung auf Verlangen auch dann unanwendbar bleibt, wenn die letztere in concreto ohne Überlegung ausgeführt ist. Ich kann dieses Resultat auch garnicht einmal legalpolitisch verwerflich finden. Denn es fehlt hier jede Veranlassung, den im Minimum viel zu niedrigen Strafsatz des § 213 über das ihm leider notwendig vorbehaltene Gebiet auszudehnen. — Anderseits greift aber, auch wenn das Tötungsverlangen von einem Aszendenten ausgeht, nicht § 215, sondern § 216 Platz.

Endlich darf noch bemerkt werden, daß die Teilnehmer an einem Vergehen gegen § 216 nach der letztern Stelle bestraft werden, sollten sie selbst ohne Rücksicht auf das Verlangen gehandelt haben.[120a]) Denn die Bestimmung des Täters durch dasselbe kann weder zu den persönlichen Eigenschaften des letztern noch zu seinen persönlichen Verhältnissen gerechnet werden.[121])

§ 11. Der Kindesmord.

I. Der § 217 bedroht die vorsätzliche Tötung eines unehelichen Kindes, welche verübt wird

1. von seiten der Mutter, und
2. „in oder gleich nach der Geburt".

Die Strafe beträgt Zuchthaus nicht unter 3, bei mildernden

---

[120]) Vergl. z. B. Ortmann in G.S. 35, 374 f., Jeselsohn 50 ff. und Guderian 71 f.

[120a]) Das muß auch für die Mittäter gelten (vergl. entsprechend unsere Bemerkungen oben § 6 IV).

[121]) Übereinstimmend v. Liszt § 85 II (jedoch nur bezüglich der Anstifter und Gehilfen), Merkel 307; letzterer stützt aber seine Ansicht — wie ich meine, zu Unrecht — auf die selbständige Natur des hier in Frage kommenden Deliktes.

Umständen gar nur Gefängnis nicht unter 2 Jahren.[122]) Dabei ist es gleichgültig, ob die Mutter mit oder ohne Überlegung gehandelt hat.[123]) — Erhebliche Schwierigkeiten bereitet trotz der zahllosen Bearbeitungen unseres Deliktes auch jetzt noch der Begriff der Unehelichkeit. Allerdings lehrt die gemeine Meinung mit Recht, daß für die Bestimmung des letztern die Vorschriften des Zivilrechts nicht maßgebend seien.[124]) Denn in der Tat dürfte namentlich auch das B.G.B. mit seinen sehr weitgehenden und oft willkürlichen Ehelichkeitspräsumtionen wenig geeignet sein, um im konkreten Falle zu entscheiden, ob die §§ 211/213 — und damit unter Umständen die Todesstrafe — oder die Strafsätze des § 217 anzuwenden sind. Will man aber einen rein strafrechtlichen Begriff der Unehelichkeit aufstellen, so führt m. E. schon der favor defensionis im Gegensatz zum Zivilrecht zu einer möglichst weitgehenden Ausdehnung des Gebietes der erstern. So gelangen wir zu der Definition, daß jedes Kind unehelich ist, welches nicht in formell und materiell zu Recht bestehender Ehe vom Ehemann gezeugt wurde. Freilich wird der hier behandelte Begriff in der übrigen Litteratur meist enger begrenzt. Namentlich wird — soweit ich sehe, durchgängig — das Erfordernis der materiellen Gültigkeit der Ehe wenigstens im Prinzip für irrelevant erklärt; nur der Mangel formaler Rechtsbeständigkeit könne die Unehelichkeit im Sinne des § 217 begründen. Unter den Vertretern dieser Ansicht ist vor allem Olshausen zu erwähnen; er führt aus:

„Besteht die Ehe auch nur formell trotz materieller Nichtigkeit,

---

[122]) § 213 kann auch hier nicht angewendet werden. So die durchaus herrschende Meinung, a. A. nur Thomsen im G.S. 30, 81 ff.; Binding, Handbuch I 33 und v. Schwarze § 217$_3$. Die Nichtigkeit der erstern ergibt sich aus der Selbständigkeit des Deliktes, welche ihrerseits ebenso wie beim § 216 vor allem aus der Stellung des § 217 im Gesetzbuche folgt. Unterstützt wird unsere Auffassung noch durch den Umstand, daß § 217 einen besondern Strafrahmen für den Fall der mildernden Umstände statuiert.

[123]) Man hat daher auch die Bezeichnung „Kindesmord" als zu eng verworfen und sie durch „Kindestötung" ersetzen wollen. Jedoch ist dieser Ausdruck wiederum zu weit, da es kein besonderes Delikt der fahrlässigen Kindestötung gibt. Man wird daher den erstern als den historisch überlieferten vorerst noch beibehalten dürfen.

[124]) A M. jedoch Ortloff, Kind oder Fötus — Berlin 1887 — S. 67 Note *, teilweise (soweit Kinder aus nichtigen Ehen in Frage kommen) Frank § 217 II, der hier § 1699 B.G.B. heranzieht.

so liegen die eigentümlichen Verhältnisse, welche der Gesetzgeber bei Aufstellung einer besondern Bestimmung betreffs des Kindesmordes offenbar im Auge hatte, in keiner Weise vor; dazu kommt, daß das St.G.B. auch eine nichtige Ehe (vergl. § 171) immerhin als Ehe betrachtet." (§ 217 Note 2).[124a])

Diese Argumentation kann jedoch nicht als durchschlagend angesehen werden. Zunächst können jene „eigentümlichen Verhältnisse" — d. h. die regelmäßig vorliegende materielle und moralische Notlage der unehelich Gebärenden in Verein mit der durch den Geburtsvorgang fast stets herbeigeführten Bewußtseinstrübung — überhaupt nur in sekundärer Weise in Betracht kommen, da sie nicht Tatbestandsmerkmale des § 217 sind. Dann aber geht auch das erste Argument Olshausens in seiner Allgemeinheit jedenfalls viel zu weit. Kannte die Mutter bei Geburt des Kindes die Nichtigkeit der Ehe, war vielleicht die letztere derzeit schon getrennt, so werden die erwähnten „eigentümlichen Verhältnisse" ihr in gleichem Maße wie der unverheiratet Gebärenden zu gute gerechnet werden müssen.[125]) — Vor allem aber — und das ist m. E. entscheidend — reicht der zweite Grund Olshausens, der Hinweis auf § 171 St.G.B.s, nicht aus. Allerdings betrachtet diese Stelle „auch eine nichtige Ehe immerhin als Ehe", denn sonst gäbe es überhaupt kein Delikt der Bigamie; damit ist aber noch durchaus nicht gesagt, daß unser R.St.G.B. auch die aus einer solchen „Ehe" entsprossenen Kinder als legitim behandelt. Für die letztere Aufstellung hätte es vielmehr einer besonderen gesetzlichen Vorschrift bedurft. Dies ergibt sich zum Überfluß noch aus einer Analogie mit den Normen des B.G.B.s. Bekanntlich betrachtet auch dieses in recht erheblichen Beziehungen die nichtige Ehe immerhin noch als Ehe, und trotzdem läßt es im § 1699 (und zwar nur unter

[124a]) Citiert nach der 5. Aufl. In der 6. wird außerdem § 1699 B.G.B. ins Feld geführt. Daß aber die Berücksichtigung dieser Norm, wenn sie überhaupt gestattet ist, zu einem dem Olshausen'schen entgegengesetzten Ergebnisse führt, soll weiter unten im Text dargetan werden.

[125]) Dies erkennen auch z. B. Schütze 387, Note 6 und v. Holtzendorff III 450 f. insoweit an, als jener in beiden, dieser im letzten der im Text genannten Fälle das nichtiger Ehe entstammende Kind als unehelich behandeln will. Mit dieser Ausnahme ist aber auch die Regel selbst preisgegeben. Denn es ist offenbar ungereimt, die Unehelichkeit des Kindes aus nichtiger Ehe von der Kenntnis der Mutter oder der (nach der Empfängnis erfolgten) Trennung der „Ehe" abhängig zu machen.

Digitized by Google

gewissen Voraussetzungen) die Kinder aus einer solchen Ehe nur „als ehelich gelten", während ein in materiell gültiger Ehe geborenes Kind nach § 1591 „ehelich ist."[126])

Endlich müssen wir noch dartun, daß auch das von dem Ehemann vor der Ehe gezeugte, aber nach deren Abschluß geborene Kind als unehelich im Sinne des Strafrechts anzusehen ist. Man kann unserer Behauptung entgegenhalten, daß in manchen Gegenden Deutschlands und in manchen Kreisen der Bevölkerung der Geschlechtsverkehr zwischen Braut und Bräutigam leider nicht als ein unsittliches Verhältnis angesehen wird. Anderseits wird jedoch oftmals, namentlich in den sogenannten bessern Ständen die Mutter einer vor der Ehe empfangenen Geburt mit der gleichen Scham entgegensehen wie ein bislang unbescholtenes Mädchen. Es wäre also eine ungerechtfertigte Härte, wenn man in dem zuletzt angenommenen Falle der inzwischen verheirateten Mutter die Wohltat des § 217 versagen würde. Und jene Strenge erscheint um so weniger als begründet, weil sie auch durch den Wortlaut unserer Stelle nicht geboten ist, sofern wir nur scharf die Selbständigkeit des strafrechtlichen Unehelichkeits-Begriffes gegenüber der Terminologie des Zivilrechts betonen. — Da wir nun aber endlich die Frage der Ehelichkeit des Kindes nicht nach dem Grade des mütterlichen Schamgefühls entscheiden können, so müssen wir in allen hierher gehörigen Fällen nach dem Grundsatze in dubio mitius die Unehelichkeit des erstern annehmen.[127])

II. Die Unehelichkeit in dem hier von uns vertretenen Sinne ist — wie schon mehrfach hervorgehoben wurde — ein rein strafrechtlicher Begriff. Folglich muß nach der von uns gebilligten herrschenden Irrtumslehre ein Irrtum der Mutter über den Status des Kindes einflußlos bleiben. Hält sie also ihr eheliches Kind irrtümlich für ein uneheliches, so wird sie dennoch im Falle seiner Tötung aus §§ 211/213 bestraft, und hält sie umgekehrt

---

[126]) Vergl. die charakteristische Wortfassung im § 1699 Abs. 1: „Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern. . ."

[127]) U. M. v. Holtzendorff III 450; Schütze 387 Note 6; Closmann, Die Kindestötung (1889) 30; Rubo, § 217_1; Rüdorff-Stenglein, § 217_2; a. A. Merkel in v. Holtzendorffs Rechtslexikon II 452; Hälschner II 60; Puchelt 224; v. Schwarze, § 217_1; Oppenhoff, § 217_2, $_4$; Frank, § 217 II; Olshausen, § 217_2.

ein uneheliches Kind (z. B. ein vor der Ehe vom nunmehrigen Ehemann empfangenes) für ehelich, so tritt trotzdem § 217 ein. Die herrschende Lehre ist freilich bezüglich der ersten Alternative anderer Ansicht.[128]) Ihre Argumente vermögen aber nicht durchzuschlagen. Dies gilt zunächst von der Behauptung Olshausens, § 217_3:

„Der Vorsatz richtet sich nicht unbedingt, sondern nur insofern auf Tötung des Kindes, als dieses für ein uneheliches gehalten wird." (vergl. auch v. Schwarze, § 217_1, Oppenhoff, § 217_{11}) M. E. enthält aber dieser Satz nur eine Verwechslung von Vorsatz und Motiv. Möglicherweise wäre freilich die Mutter nicht zur Tötung des Kindes geschritten, wenn sie nicht irrtümlich dasselbe für unehelich angesehen hätte. Aber ihr Vorsatz selbst als Vorstellung von der Tödlichkeit ihrer Handlung kann selbstverständlich nicht durch jene irrige Annahme bedingt sein; vielmehr laufen beiden Vorstellungsreihen, die der Kausalität und die (irrige) der Unehelichkeit des Kindes, nebeneinander her, und da schon die erste zur Bestrafung aus §§ 211 ff. ausreicht, die letzte aber als irrige Vorstellung bezüglich eines strafrechtlichen Begriffes unbeachtlich bleibt, so kann § 217 keine Anwendung finden. — Wohl nur eine andere und noch dazu ungeschicktere Einkleidung des Olshausenschen Gedankens enthält die Behauptung Wehrlis (Kindesmord — 1889 — S. 69), nach welcher die Ehelichkeit des Neugeborenen Tatbestandsmerkmal der §§ 211 ff. sein soll. Es kann daher zu ihrer Widerlegung auf das eben Ausgeführte Bezug genommen werden.

Noch weniger als die Meinung Olshausens ist es zu billigen, wenn Hälschner II 60f. und Binding, Handbuch I 32 — freilich ganz konsequent — noch einen Schritt weitergehen und den Irrtum nicht nur zu Gunsten der Mutter, sondern auch gegen sie berücksichtigen, mit andern Worten wenn sie die Tötung eines unehelichen Neugeborenen unter irriger Annahme seiner Ehelichkeit als gemeine Tötung ahnden wollen. Diese Auffassung gründet sich allein auf einen gegenüber der objektiven Fassung des § 217 durchaus nicht gerechtfertigten Subjektivismus. In unserer Stelle ist mit keinem Worte auch nur angedeutet, daß „die Tatsache der Unehelichkeit" nicht an sich, sondern nur dann in Betracht kommt, sofern sie sich im Bewußtsein der Mutter spiegelt" (Binding a. O.) Ob es

[128]) M. W. stimmt nur v. Liszt 312 III mit meinem Ergebnis überein.

ferner „wesentlich das drückende Bewußtsein von der Unehelichkeit des Kindes [ist], das in dem objektiven Erfordernisse der Unehelichkeit symptomatisch zum Ausdruck kommt" (Binding), kann völlig dahingestellt bleiben. Denn selbst auch Binding und Hälschner müssen aus § 217 strafen, wenn etwa eine Lohndirne das ihr lästige Kind tötet, obwohl sie dessen Unehelichkeit nicht sonderlich „drücken" wird. Der Gesetzgeber hat es eben — und zwar m. E. mit Recht — verschmäht, irgend ein bestimmtes Motiv zum Tatbestandsmerkmal des Kindesmords zu erheben. Man sollte es daher unterlassen, auf Umwegen das Gesetz zu „korrigieren." — Endlich kann auch unserer Auffassung nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß nach derselben der Gesetzgeber das Leben des unehelichen Kindes geringer einschätze als das des ehelich geborenen.[129]) Dieser Einwand wäre überhaupt nur dann begründet, wenn das R.St.G.B. die Tötung des Unehelichen schlechthin mit einer niedrigern Strafe belegen würde. Daß letzteres aber nicht der Fall ist, wurde bereits oben zu I Ziff. 1/2 angedeutet und ist im folgenden weiter auszuführen.

III. Nur die Mutter kann nach dem Wortlaut unserer Stelle aus § 217 bestraft werden. Jeder Dritte, mag er als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe wirksam werden, ist gemäß § 50 wegen gemeiner Tötung zu bestrafen. Wenn es daher bezüglich der Kindesmörderin selbst einer Feststellung, ob sie mit oder ohne Überlegung gehandelt hat, nicht bedarf (oben zu I), so ist eine solche im Falle der Teilnahme dennoch erforderlich, da es von ihrem Ausfall abhängt, ob die Teilnehmer aus § 211 oder §§ 212 f. in Verbindung mit §§ 47/49 zu bestrafen sind. — Umgekehrt wird die Mutter auch dann nur aus § 217 bestraft, wenn sie als Anstifterin oder Gehilfin an der von einem Dritten bewirkten Kindestötung teilgenommen hat (vergl. § 50).

IV. Endlich privilegiert das Gesetz die Mutter nur für den Fall, daß sie innerhalb eines eng bemessenen Zeitraums, nämlich „in oder gleich nach der Geburt" tätig geworden ist. Bestimmen wir zunächst den Anfangspunkt, so kann von einem Kindesmord in der Geburt selbstverständlich erst von dem Augenblicke innerhalb des Geburtsvorganges an die Rede sein, mit welchem ein Kind im Sinne des Strafrechts zur Existenz gelangt. Dies ge-

[129]) So freilich die beiden hier genannten Autoren.

schieht aber — wie oben § 1 gezeigt wurde —, sobald irgend ein Körperteil der Frucht aus dem Mutterleib hervortritt. Nicht so präzis läßt sich der Endpunkt der hier fraglichen Frist festlegen. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Gegensatz zu den rein mechanischen Zeitbestimmungen mancher Partikularrechte[130]), aber nach dem Vorbild Preußens den Ausdruck „gleich nach der Geburt" gerade deshalb gewählt, um dem Richter eine der Individualität des Einzelfalles sich anschließende Fristberechnung zu ermöglichen. Diese Aufgabe wird er aber dann am sichersten lösen, wenn er folgendes erwägt: Durch jede Geburt wird die Mutter nicht nur physisch, sondern wohl auch durchgängig — wenngleich in recht verschiedenem Maße — psychisch afsiziert. Gerade diese seelische Affektion schwächt aber die Hemmungsvorstellungen und verschafft gar leicht den zur Tötung drängenden Motiven das Übergewicht. Der Kindesmord, begangen in diesem Stadium seelischer Erregung, erscheint im wesentlich mildern Lichte als die gleiche Tat, wenn sie nach Wiederherstellung des seelischen Gleichgewichts von der Mutter verübt wird. — Mit Recht erblickt daher auch die gemeine Meinung in dem Wegfall jenes Zustandes geistiger Erregung das Ende des vom Gesetze mit den Worten: „gleich nach der Geburt" umschriebenen Zeitabschnittes.

Übrigens ist selbstredend nur erforderlich, daß die den Tod herbeiführende Handlung, beziehungsweise Unterlassung in dem kritischen Zeitraum begangen wurde, während auf den Augenblick des Erfolgseintrittes nichts ankommt. Ebenso braucht auch, wenn die Mutter nur als Anstifterin oder Gehülfin tätig wird, lediglich ihre Teilnahmehandlung „in oder gleich nach der Geburt" zu erfolgen, um jener die Milde des § 217 zu sichern.

---

[130]) Bayern (1813), Art. 159, Oldenburg (1814), Art. 164: 3 Tage —; Sachsen (1838), Art. 126, (1855), Art. 159, Württemberg, Art. 249 und Thüringen, Art. 126: 24 Stunden.

29.

Die Grundzüge des neuen russischen Strafgesetzbuches.

Vorgetragen in der „Juristischen Gesellschaft“ an der Universität in Kiew am 20. Sept. 1903 von Arnold Margolin.

I.

„Non multum, sed multa“. Weniger Aufzählungen, mehr Verallgemeinerungen. Der Napoleonische „Code pénal“ von 1810 enthält 484 Paragraphen. Das jetzt geltende deutsche Strafgesetzbuch von 1872 besteht aus 370 Paragraphen. Dagegen umfaßt das jetzt geltende russische Strafgesetzbuch 1711 Paragraphen, zu denen noch etwa 180 hinzukommen, die sich mit den der Jurisdiktion der Friedensrichter unterliegenden Strafen befassen.

Das neue russische Strafgesetzbuch hat diese ungeheure Ziffer — gegen 2000 Paragraphen — auf 687 Paragraphen reduziert. Die ersten 72 bilden den allgemeinen Teil des neuen Gesetzbuches und sind im ersten Kapitel unter dem Titel „Von den verbrecherischen Handlungen und den Strafen überhaupt“ dargelegt. Alle übrigen Paragraphen sind in 36 Kapiteln enthalten. Jedes dieser Kapitel enthält diese Varietäten der Gattung der verbrecherischen Handlung, auf die es sich bezieht. So trägt z. B. Kapitel IX den Titel „Von der Verletzung der die Volksgesundheit schützenden Bestimmungen“; Kapitel XVII „Von der Verletzung der Bestimmung über die persönliche Verdingung“, Kapitel XXIII „Von dem Betruge“ usw.

Das geltende russische Strafgesetzbuch kennt keinen allgemeinen Terminus für das ganze Gebiet der strafbaren Handlungen. Im Paragraph I stellt es zwei Termini auf: Verbrechen und Vergehen. Aber diese zweiteilige Terminologie, die das Gesetzbuch von 1845 dem „Swod“ (Sammlung aller Gesetze) entlehnte, hat nicht die mindeste praktische Bedeutung und findet keine Anwendung. Der „Swod“ teilte das ganze Gebiet der strafbaren Handlungen ent-

sprechend den von ihm festgesetzten zwei Strafarten in zwei Teile, nämlich in kriminelle und polizeiliche. Die Übereinstimmung wurde in dem Gesetzbuche von 1845 nicht durchgeführt: Kriminal- und korrektionelle Strafen werden sowohl bei Verbrechen wie bei Vergehen angewandt.

Das neue russische Strafgesetzbuch gibt in Paragraph I eine sichere Terminologie an und umfaßt das ganze Gebiet der strafbaren Handlungen mit dem einen allgemeinen Terminus „verbrecherische Handlungen". In Paragraph 3 werden die verbrecherischen Handlungen nach dem Beispiel der meisten modernen Gesetze der Schwere der Strafe nach in drei Kategorien eingeteilt: in schwere Verbrechen, Verbrechen und Vergehen. Diese Dreiteilung wurde zuerst von dem französischen Kodexe von 1810 aus Erwägungen rein praktischer Natur vorgenommen. Die Dreiheit der verbrecherischen Handlungen entspricht in Frankreich der Dreiheit der Gerichtsinstanzen. Außerdem gewährt die Dreiteilung dem Gesetzgeber eine Reihe Bequemlichkeiten rein technischer Art. So braucht z. B. der Gesetzgeber, wenn er von der Strafbarkeit des Versuches spricht, nicht alle einzelnen Fälle, in denen der Versuch strafbar ist, aufzuzählen; er kann sich auf den Hinweis beschränken, welche von den drei Gruppen der verbrecherischen Handlungen eine strafrechtliche Repression nicht nur für die Ausführung, sondern auch für den Versuch hervorruft.

Bei Einführung der Dreiteilung in das neue russische Strafgesetzbuch ließen sich die Verfasser desselben ausschließlich von Erwägungen der technischen Bequemlichkeit leiten. Der Hauptgrund, der eine derartige Teilung rechtfertigt — der Umstand, daß die drei Kategorien der verbrecherischen Handlungen den verschiedenen Kategorien der Gerichtsinstanzen entsprechen — fehlte bei den Verfassern in Anbetracht der besonderen Bedingungen, die in der russischen Gerichtsordnung für die Kompetenz der verschiedenen Gerichtsinstanzen gelten.

Die Bequemlichkeit der Dreiteilung zeigte sich in den Bestimmungen des allgemeinen Teils des neuen Strafgesetzbuches über die Strafbarkeit der fahrlässigen Handlungen (§ 48), über den Versuch (§ 49), über die Teilnahme (§§ 51, 52), über die Strafänderung (§ 55), über die die Verantwortlichkeit erhöhenden Umstände (§ 67), über die Verjährung (§ 68) und endlich über das räumliche Geltungsgebiet der Strafsätze (§§ 9, 12 und 13).

Indem wir zu einer der wesentlichsten Fragen unserer Untersuchung — nämlich was der neue russische Kodex bestraft — übergehen, müssen wir zunächst eingehender betrachten, wie sich das neue Strafgesetzbuch zu den zufälligen, fahrlässigen und vorsätzlichen Handlungen verhält.

Paragraph 48 des neuen Strafgesetzbuches erwähnt ausschließlich vorsätzliche und fahrlässige Handlungen. Es hat also den Anschein, als ob es im neuen St.G.B. keine zufälligen verbrecherischen — d. h. strafbaren — Handlungen gebe.

Ganz so verhält sich das aber nicht. Bei der Beschreibung der einzelnen verbrecherischen Handlungen erhöht das neue Strafgesetzbuch sehr häufig die Strafe für hinzutretende rein zufällige Folgen der von dem Schuldigen unternommenen Handlung. So lautet z. B. § 467, der von den schwersten Formen der Körperverletzungen spricht, in seinem zweiten Teile wie folgt: „wenn eine solche Körperverletzung den Tod zur Folge hat, so wird der Schuldige mit „Katorga" (Zwangsarbeit) bis zu zehn Jahren bestraft", während diese Strafe doch im ersten Teile dieses Paragraphen auf „Katorga" bis zu acht Jahren bemessen ist. Dasselbe Prinzip der Verantwortlichkeit für eine völlig zufällige, unvorhergesehene und unmöglich vorherzusehende Komplikation der Resultate einer unternommenen Handlung ist auch in den folgenden Paragraphen (468 und 469) anzutreffen. Von demselben rein mechanischen Prinzip der einfachen Ursächlichkeit sind auch einige Strafsätze über den Zweikampf (§ 482), den Diebstahl,[1]) den Betrug[2]) usw. durchdrungen.

Bestimmungen solcher Art können schwerlich von einem fortschrittlichen Charakter des Gesetzbuches zeugen. Das Volksbewußtsein hat in ganz Europa schon ein solches Entwickelungsniveau erreicht, um zwischen zufälligen und vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlungen eine Grenze ziehen zu können. Es genügt an die Antworten zu denken, die die Geschworenen auf die Fragen „über Beibringung von Verstümmelungen, Verwundungen und anderen Gesundheitsbeschädigungen" mit unvorhergesehenen oder zufälligen Komplikationen zu geben pflegen. „Ja, schuldig, aber ohne die

[1]) § 581 unterscheidet die Strafbarkeit des Diebstahls je nach dem Werte des Gestohlenen bis zu 500 Rubel oder über 500 Rubel.

[2]) § 591 — seinem Maßstab der Strafbarkeit nach § 581 analog.

Absicht, den Tod herbeizuführen" — ist die stereotype Antwort, die die Fragestellung der §§ 1484 und 1490 des geltenden russischen Strafgesetzbuches hervorruft. Damit scheinen die in die Feinheiten der juridischen Kasuistik und Terminologie nicht eingeweihten Vertreter der Bevölkerung eben ausdrücken zu wollen, daß der Schuldige in dem betreffenden Falle für den tötlichen Ausgang nicht verantwortlich ist. Sie können sich nicht vorstellen, nicht begreifen, daß das Gesetz in diesen Fällen das Vorhandensein des Vorsatzes nicht verlangt, ja nicht einmal das Vorhandensein der Fahrlässigkeit fordert. Indem sie in ihre Antworten die Einschränkung „aber ohne den Vorsatz, den Tod herbeizuführen" aufnehmen, hoffen sie — leider vergeblich — daß das Gericht nur eine Strafe für diejenigen Resultate (Verstümmelung, Verwundung 2c.) verhängen werde, die der Angeklagte durch seine Handlung erreichen wollte.

Bei Stellung der Fragen über Diebstahl streben die Geschworenen schon bewußt nach einer Umgehung des Gesetzes durch einschränkende Antworten, wie: „schuldig, doch nur des Diebstahls eines Objekts unter 300 Rubel", in Fällen, in denen es jedem klar ist, daß der Wert des Gestohlenen die Summe von 300 Rubel weit übersteigt. Dasselbe kommt in Betrugsfällen sehr häufig vor.

Sobald das Individuum, sobald die Gesellschaft das Bedürfnis der Vergeltung für einen zufälligen Schaden nicht mehr empfindet, so hat der Gesetzgeber nicht den geringsten Anlaß, sich überlebt habende Strafsätze in das Gesetz aufzunehmen; man hat aufgehört, Sachen zu bestrafen, es ist an der Zeit, die Verantwortlichkeit für den bloßen Zufall zu streichen.

Es gibt natürlich Fälle, in denen z. B. der Schuldige in der Beibringung einer Verstümmelung mit tötlichem Ausgange diese Komplikation wohl voraussehen konnte. Allein dann stehen wir dem Zusammentreffen zweier verbrecherischer Handlungen: der Beibringung einer Verstümmelung und der fahrlässigen Tötung gegenüber.

Überhaupt bilden die Bestimmungen des geltenden russischen Strafgesetzbuches über „Verwundungen, Verstümmelungen und Körperverletzungen" etwas Chaotisches und von der Wissenschaft und Praxis längst Verurteiltes. Diese Bestimmungen sind das Produkt der Teilung des Vorsatzes in Arten. Die alte Doktrin nahm einen direkten und indirekten Vorsatz an; die §§ 1489 und

1490 spiegeln diese Teilung wieder. Das neue russische Strafgesetzbuch verwarf alle Teilungen des Vorsatzes in Arten und brachte Einheitlichkeit in das System der Körperverletzungen, leider blieb es aber bei demselben grob objektiven Prinzip der Verantwortlichkeit für einen bloßen Zufall, für hinzutretende Umstände. Als noch mißlungener muß der Umstand angesehen werden, daß das neue russische Strafgesetzbuch dabei verharrte, dem Werte des Gestohlenen beim Diebstahl und dem Werte des Schadens beim Betruge die Bedeutung eines qualifizierenden Umstandes beizulegen. In dem ursprünglichen Projekte des neuen Strafgesetzbuches finden wir keine Qualifikation des Diebstahls nach dem Werte des Gestohlenen.[3]) In den Erklärungen zu dem Projekte wird eine Reihe erdrückender Tatsachen angeführt, die zeigen sollen, wie zweckmäßig es sei, die genannten Maßstäbe, die einen rein zufälligen, willkürlichen Ursprung haben, aus dem Kodexe zu entfernen. Trotzdem wurde in der endgültigen Fassung dieser Maßstab, der im französischen Gesetzbuche von 1810 schon nicht mehr angewandt wird und von sämtlichen neueren Gesetzgebungen in Acht und Bann getan ist, von neuem eingeführt.

Es gibt zweifellos Fälle, in denen der sich an fremdem Gut Vergreifende den Wert des Gestohlenen vorher in Betracht gezogen hat. Aber es gibt doch auch eine Menge anderer Fälle, bei denen dieses Bewußtsein fehlt. Der Dieb kann den Pelz auf den ersten Blick auf 100 Rubel abschätzen, und dann kann es sich herausstellen, daß der Wert desselben 1000 Rubel beträgt. Soll nun wirklich die Strafe wegen dieses für den Dieb zufälligen Resultats erhöht (und dazu beträchtlich erhöht) werden können? Oder soll der Gesetzgeber den Dieb in diesem Falle wegen Fahrlässigkeit verfolgen, d. h. deswegen, weil er den Wert des Gestohlenen „voraussehen konnte oder sollte"??

Im neuen russischen Strafgesetzbuche ist also in vielen Fällen Verantwortlichkeit (*strafrechtliche* Verantwortlichkeit) für den Zufall beibehalten. Danach ist es nicht verwunderlich, wenn sich die fahrlässigen Handlungen in dem neuen Gesetze ein dauerhaftes Nest gebaut haben.

„Die schweren Verbrechen", lautet § 48 des neuen russischen

[3]) Betrug als besondere Art der verbrecherischen Handlungen gab es im ursprünglichen Projekte überhaupt nicht.

Strafgesetzbuches, „werden nur beim Vorhandensein vorsätzlicher Schuld bestraft. Die Verbrechen werden beim Vorhandensein einer vorsätzlichen Schuld, beim Vorhandensein fahrlässiger Schuld aber nur in den Fällen, die von dem Gesetze besonders aufgezählt sind, bestraft."

Auf den ersten Blick mögen derartige Bestimmungen absurd erscheinen. Zunächst kann folgende Frage entstehen: warum schließen die schweren Verbrechen[4]) die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit völlig aus, während weniger „schwere" Vergehungen (Verbrechen und Vergehen) eine Reihe Fälle zulassen, in denen die Fahrlässigkeit strafbar ist. Was die schweren Verbrechen betrifft, erklärt sich die betreffende kategorische Bestimmung über dieselben sehr einfach: die Fälle der den objektiven Folgen nach schweren Verbrechen, in denen der Gesetzgeber Strafe für fahrlässige Handlung auferlegen wollte, sind in einzelne Paragraphen abgesondert. Derartig sind z. B. die Paragraphen 464 (fahrlässige Tötung), 474 (in Zusammenstellung mit 467). Andererseits schließt aber dieser selbige § 474 auch fahrlässige Handlungen ein, die den vorsätzlichen Handlungen der §§ 468 und 469 entsprechen. In letzteren ist weder von Todesstrafe, noch von „Katorga", noch von Verbannung die Rede.

Logischer und konsequenter war daher die ursprüngliche Fassung dieser Bestimmungen im Projekte, das eine allgemeine Regel für schwere Verbrechen sowie für Verbrechen aufstellte.[5]) Fahrlässigkeit sollte sowohl bei schweren Verbrechen als auch bei Verbrechen „in von dem Gesetze besonders vorgesehenen Fällen" bestraft werden.

Dafür äußert sich aber in den Bestimmungen über Fahrlässigkeit, die sich auf Vergehen — nach der Terminologie des Projekts „Übertretungen" — beziehen, eine fast absolute Identität zwischen der im Projekte angenommenen ursprünglichen und der endgültigen Fassung. „Aus Fahrlässigkeit begangene Übertretungen werden, mit Ausnahme der vom Gesetze besonders vorgesehenen Fälle, gleich den vorsätzlichen bestraft", lautet das ursprüngliche Projekt. „Übertretungen werden nicht nur beim Vorhandensein

[4]) D. h. die verbrecherischen Handlungen, die eine der folgenden drei schwersten Strafarten: Todesstrafe, „Katorga" oder Verbannung nach sich ziehen.

[5]) Nach der Terminologie des Projekts — Verbrechen und Vergehen.

vorsätzlicher, sondern auch fahrlässiger Schuld, mit Ausnahme der dem Gesetze besonders vorgesehenen Fälle, bestraft", lesen wir in dem oben zitierten § 48 des neuen Strafgesetzbuches.

Wieder eine Bestimmung, in der der Gesetzgeber strenger und härter sein will als die Bevölkerung selbst. Der gesunde Menschenverstand scheint doch zu sagen, daß, wenn eine fahrlässige Verschuldung bei schweren Vergehungen keine Strafe nach sich zieht, es erst recht keine Gründe gibt, weniger schwere Fälle der Äußerung von Fahrlässigkeit zu bestrafen. Dessenungeachtet ist eine solche Ungleichheit in der Praxis sehr häufig zu beachten. So enthält das deutsche Gesetzbuch keine Andeutungen darüber, daß Fahrlässigkeit bei Übertretungen strafbar ist. Aber die meisten Kommentatoren des deutschen Gesetzbuches (z. B. Rüdorff) stellen, trotzdem das Gesetz über diesen Punkt völlig schweigt, die gleiche Strafbarkeit vorsätzlicher und fahrlässiger Übertretungen als Regel auf.

Was die deutschen Juristen in der Praxis zuließen, besiegelten die Verfasser des neuen russischen Strafgesetzbuches im Kodexe. Unwillkürlich drängt sich die Frage auf, wodurch dieser Objektivismus der Bestimmungen über Vergehen, diese Unterdrückung so verschiedener entgegengesetzter Erscheinungsarten des menschlichen Bewußtseins und Willens wie Vorsatz und Fahrlässigkeit zu erklären sei?

In den Erklärungen zu dem Projekte führen die Verfasser folgende hierauf bezügliche Betrachtungen an: „. . . bei geringfügigen Übertretungen, in denen Natur und Charakter des verbrecherischen Willens keine besondere Rolle spielen und der materielle Schaden oder die Gefahr eines solchen in den Vordergrund tritt, erscheint die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vom Standpunkte der Strafbarkeit dieser Übertretungen nicht nur überflüssig, sondern zuweilen sogar ganz unmöglich." (Seite 140.)

Diese Motivierung kann man wohl kaum als überzeugend gelten lassen. Mag bei geringfügigen Übertretungen „Natur und Charakter des verbrecherischen Willens keine besondere Rolle spielen," dieser sogenannte verbrecherische Wille ist doch aber die einzige Basis für die Repression. Der materielle Schaden an sich kann im zwanzigsten Jahrhundert nicht als genügender Grund für Strafbarkeit einer Handlung dienen, sobald er nicht eine Äußerung der bewußten Tätigkeit des Menschen ist.

Unvergleichlich gelungener wird nach unserer festen Überzeugung die Frage über die geringfügigen Übertretungen von dem „Ustaw" („Statut über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen") gelöst. Laut § 9 „ist es den Friedensrichtern anheimgestellt, für unabsichtlich verübte Vergehen den Schuldigen den Umständen gemäß, Verweis, Tadel oder Rüge zu erteilen; strengere Strafen „für unbeabsichtigte Vergehen" kommen nur in folgenden Fällen zur Anwendung: 1. „wenn von dem „Ustaw" eben für Fahrlässigkeit Strafe vorgesehen ist und 2. wenn das Vergehen in der Unterlassung irgend einer vom Gesetz auferlegten besonderen Pflicht aus Nachlässigkeit besteht. Diese Bestimmung des seinem Ende entgegengehenden Gesetzes zieht völlig rationell zwischen Handlungen, die zwar geringfügig sind, aber von vollkommen verschiedenartigen Nüancen des menschlichen Bewußtseins und Willens zeugen, eine Grenze. Das neue russische Gesetzbuch hätte nur noch weiter gehen und auf die Bestrafung fahrlässiger Handlungen, mit Ausnahme vom Gesetze speziell vorgesehene Fälle verzichten sollen. Der Unterschied zwischen fahrlässigen und zufälligen Handlungen ist in den modernen Zivilgesetzbüchern genügend nüanciert: zufällige Handlungen, die einen Schaden verursacht haben, ziehen im Prinzip keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit (Schadenersatz) nach sich, fahrlässige Handlungen dagegen bieten gleich den vorsätzlichen genügenden Grund zu einer Zivilklage des Verletzten gegen den Schuldigen.

Von demselben extremen Objektivismus sind die Strafsätze des neuen russischen St.G.B. über den Versuch durchdrungen. „Der Versuch schwerer Verbrechen", lesen wir im § 49, „und in den vom Gesetze besonders vorgesehenen Fällen auch der Verbrechen ist strafbar, aber die im Gesetze für diese verbrecherischen Handlungen bestimmten Strafen werden nach den vom § 53 aufgestellten Grundsätzen ermäßigt.

Der Versuch von Vergehen ist nicht strafbar."

Etwas anderes ist es, einem Menschen die zufälligen Folgen seines Tuns zuzurechnen und ihn dafür zu bestrafen, und wieder etwas anderes, nicht zuzurechnen, was zufällig nicht begangen ist. Einer grob-objektiven Komplikation der Handlung wegen Leiden zu vergrößern, ist barbarische Grausamkeit. Dagegen soll man stets — und geschehe es auch aus Erwägungen derselben rein objektiven Art — Leiden zu vermindern suchen. Schon früher haben wir

darauf hingewiesen, daß die Geschworenen gemeinhin bemüht sind, das Prinzip der erhöhten Verantwortlichkeit für zufällige Komplikationen der Handlung zu paralysieren. Das vollkommene Gegenteil ist bei Fragen über den Versuch zu beobachten. In diesen Fällen lassen sich die meisten von dem rein objektiven Maßstab leiten und ziehen zwischen der Strafbarkeit des Versuches und der der Ausführung eine Grenzlinie. Ausführlich ist diese Frage in unserer Monographie „Vengeance ou raison?“ (Verlag von Gustav Fock in Leipzig) behandelt. Auf diesem Prinzip beruhen denn auch fast alle modernen Gesetzbücher. Eine Ausnahme bildet der französische „Code pénal“; der zweite Paragraph dieses Gesetzes bestimmt bei „crimes“ die gleiche Strafe für die Vollendung wie für den Versuch.

Der „Code pénal“ feiert bald das hundertjährige Jubiläum seines Bestehens, und diese hundert Jahre haben am besten gezeigt, wie wenig lebensfähig die Bestimmung des genannten Paragraphen ist: dem diesem Paragraphen zu Grunde gelegten vernünftigen, logischen Prinzip entgegen, sind die Richter — die Vertreter des Staats sowohl wie die des Volks — allenthalben bemüht gewesen, auf irgend welchem Umwege einen Unterschied zwischen der Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung durchzuführen. Und daher kann man es nur freudig begrüßen, daß auch im neuen russischen Strafgesetzbuche für den Versuch mildere Strafen festgesetzt sind.

Zweifelhafter ist die Zweckmäßigkeit des vollkommenen Fehlens der Repression für den Versuch bei der Reihe der „Verbrechen“ und bei allen „Vergehen“. Die fahrlässigen Vergehen stellt das neue Strafgesetzbuch der Strafbarkeit nach den vorsätzlichen gleich, und den Versuch derselben erklärt es für nicht strafbar!! Allerdings begegnen wir identischen Bestimmungen über den Versuch in fast sämtlichen geltenden Gesetzen (dem französischen, deutschen, ungarischen, holländischen). Aber das zeugt nur von dem langsamen allmählichen Charakter der Entwickelungsgeschichte des subjektiven Elements auf Kosten des objektiven. Man muß ferner nicht außer acht lassen, daß die Vergehen in den meisten Fällen vom sozialen oder staatspolitischen Standpunkte schädliche Handlungen sind; die individuellen Interessen bilden meistenteils die Sphäre der schweren Verbrechen und der Verbrechen. Außerdem stellen die Vergehen Handlungen dar, die im allgemeinen von nor-

malen Menschen begangen werden, für die die Strafe als etwas Schmachvolles zum hemmenden Faktor wird. Daher ist die Strafe bei Vergehen auch am rationellsten oder zweckmäßigsten, während sie bei schweren Verbrechen in den meisten Fällen hauptsächlich den Charakter der Vergeltung für das verletzte individuelle Interesse in sich trägt und fast immer auf Personen Anwendung findet, die sie weder abschreckt noch bessert.

In Anbetracht dieser Erwägungen erlaubten wir uns an früherer Stelle, die Zweckmäßigkeit der Bestimmung, durch die das neue russische Strafgesetzbuch die Strafbarkeit des Versuches inbetreff vieler „Verbrechen" und aller „Vergehen" aufhebt, in Zweifel zu ziehen.

Unvergleichlich fortschrittlicher sind die Bestimmungen des neuen Strafgesetzbuches über die Teilnahme. § 51 vereinigt unter der allgemeinen Bezeichnung „Teilnehmer" 1. diejenigen Personen, die die verbrecherische Handlung direkt begangen oder bei Begehung derselben mitgewirkt haben, 2. die Anstifter, 3. die Gehilfen, die die Mittel verschafft oder durch Ratschläge, Hinweise oder Versprechungen, die Tat nicht zu verhindern oder sie zu verschweigen, bei Begehung der verbrecherischen Handlung Hilfe geleistet haben. „Die Teilnehmer an einem schweren Verbrechen oder Verbrechen", lautet der zweite Teil dieses Paragraphen, unterliegen der gesetzlich bestimmten Strafe für die begangene verbrecherische Handlung; für den Gehilfen, dessen Unterstützung unwesentlich war, wird die Strafe aber nach den vom §53 aufgestellten Grundsätzen ermäßigt." Ein bloßer wesentlicher Rat, ein bloßes wesentliches Versprechen, die Begehung der verbrecherischen Handlung nicht zu verhindern, wird mithin der Ausführung der verbrecherischen Handlung gleichgestellt. Das ist nichts weiter als der Sieg des Subjektivismus über den Objektivismus in den Bestimmungen des neuen russischen Strafgesetzbuches über die Teilnahme an schweren Verbrechen und Verbrechen.

Anders entscheidet das neue Strafgesetzbuch die Frage über die Teilnahme an Vergehen, was aus dem dritten Teile des § 51 ersichtlich ist: „von den Teilnehmern an einem Vergehen wird nur derjenige bestraft, der es unmittelbar begangen oder bei seiner Ausführung mitgewirkt hat; der Anstifter und Gehilfe unterliegt dagegen nur in den vom Gesetze besonders vorgesehenen Fällen der Bestrafung".

Sobald das Gesetz einmal bei Vergehen sogar Fahrlässigkeit bestraft, sollte es unseres Dafürhaltens bei dieser Gruppe verbrecherischer Handlungen erst recht die Anstifter und Gehilfen bestrafen. Das fordert die Konsequenz. Aber inbezug auf die Teilnahme als solche ist die Inkonsequenz des neuen Kodexes sogar wünschenswert: die Vergehen umfassen die geringfügigsten Handlungen, und das Gebiet ihrer Strafbarkeit kann sich daher lediglich auf die unmittelbaren Schuldigen erstrecken.

In dem geltenden russischen Strafgesetzbuche wird die nachfolgende Beteiligung am Verbrechen (Begünstigung und Hehlerei) als eine Art der Teilnahme betrachtet. §§ 14 und 15 sehen drei Typen der „Beteiligung" vor, nämlich: Nichthinderung, Hehlerei-Begünstigung und Unterlassen der Anzeige. Diese Art der Auffassung von der „Beteiligung" ist von den meisten Kriminalisten längst aufgegeben[6]); die meisten modernen Gesetze betrachten die „Beteiligung" als delictum sui generis und räumen ihr in den Abschnitten des besonderen Teils den entsprechenden Platz ein. Diesem Systeme schließt sich auch das neue russische Strafgesetzbuch an, das den allgemeinen Begriff der „Beteiligung" aus dem allgemeinen Teile vollständig ausschloß. Die einzelnen Arten der „Beteiligung" fanden in den verschiedenen Abschnitten des besonderen Teils Platz.

Wir haben alle wichtigsten „Schuldarten", die dem neuen russischen Strafgesetzbuche zufolge strafbar sind, der Reihe nach betrachtet. Damit ist aber die uns beschäftigende Frage: — was das neue St.G.B. bestraft — noch nicht erschöpft. „Die Schuldarten" bestimmen erst einen Faktor des Produkts, das das Gebiet der strafbaren Handlungen ausmacht; das sind nur die subjektiven Bedingungen der Strafbarkeit.

Den zweiten Faktor — die objektiven Bedingungen — bildet die Reihe von Rechtsgüter, die dem Gesetzgeber unter Strafdrohung geschützt werden.

Welche Güter beschützt also das neue russische Strafgesetzbuch?

Zu dieser Frage gehen wir im folgenden Kapitel über.

II.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Normen des Gemeinlebens mit der Zeit wechseln. Parallel mit diesem Wechsel läuft

[6]) Schon Rossi sprach sich für die Selbständigkeit der Beteiligung aus (Traité d. d. p. T. II, XI pp 216—228).

eine Umwertung der Rechtsgüter. In der Periode der Geldwirtschaft wurde der unpünktliche Schuldner dem Gläubiger gänzlich überliefert; im Mittelalter wurde er dann an den Pranger gestellt, in Stücke geschnitten, enthauptet oder bis zur Tilgung der Schuld in den Turm gesperrt. Alle Umsätze vollzogen sich in baar, und daher bildete der unpünktliche Schuldner eine Abweichung von der Norm, eine Ausnahme. Und so strafte die Mehrheit die von den aufgestellten Grundsätzen abweichende Minderheit mit grimmigen Strafen. Die Geldwirtschaft wurde allmählich von der Kreditwirtschaft abgelöst. Alle Umsätze vollzogen sich nun auf dem Kreditwege, der Gläubiger des einen erscheint zugleich als Schuldner des andern. Bei solchem Regime muß es selbstverständlich viele „unpünktliche Zahler" geben; das ist nicht mehr eine Abweichung von der Norm, sondern eine allgemein anzutreffende Erscheinung. Darum wurde das Verhalten dem unpünktlichen Zahler gegenüber im Laufe der Zeit immer milder und milder und ging schließlich bis zur völligen Straflosigkeit der zur Erfüllung von Schuldverbindlichkeit unfähigen Personen. Solche Beispiele lassen sich in Menge anführen. Es existiert aber auch eine Menge umgekehrter Fälle: Handlungen, die einst statthaft waren, werden jetzt als wider die Norm verstoßend betrachtet und sogar für strafbar gehalten. Dem römischen „pater familias" stand seinen Kindern und Hausgenossen gegenüber das „jus vitae ac necis" zu — jetzt gilt die Kindestötung als qualifizierte Mordart. Es gab eine Zeit, da die Ethik es vorschrieb, gealterte, zu Arbeit und Erwerb von Existenzmitteln nicht mehr fähige Eltern zu töten — jetzt ist der Elternmord eines der schwersten Verbrechen.

Das Gebiet des Strafbaren ändert sich also zugleich mit den Änderungen der Grundlagen des Gemeinlebens. Aber ebenso wie die Strafe bei allen ihren Umgestaltungen ihr Grundelement behält, so ruhen auch die Grundpfeiler des Gemeinlebens bei all ihrer Veränderlichkeit auf einem gewissen Fundament, haben bei all ihrer Verzweigtheit doch dieselbe Wurzel. Der Selbsterhaltungstrieb ist die Urquelle jeder sozialen und staatlichen Ordnung. Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit und Lebenserwerbsmittel sind die fundamentalen Güter, zu deren Schutz sich nicht nur die Menschen, sondern auch einzelne Tierarten stets zusammengetan haben und zusammentun. Die Religion und die Ehe — die ersten Verkünder der Kultur — erzeugen ihrerseits gewisse Normen, die

von der Mehrheit auf einem gewissen Gebiete für bestimmte Zeit befolgt werden. Zugleich entwickelt sich bei den Menschen allmählich das Ehrgefühl, als dessen Ausdruck wiederum bestimmte — geschriebene oder ungeschriebene — Normen erscheinen. Binding führt in seinen „Normen" sehr richtig den Gedanken aus, daß die Hauptnormen, die das menschliche Leben Jahrhunderte hindurch regeln, auf die zehn Gebote Mose zurückzuführen seien.

Woher nun also, fragt sich's, diese Menge Paragraphen im Strafgesetze, das nur einen bestimmten Teil normwidriger Handlungen enthält, die in dem Dispositionsteile des Gesetzes beschrieben sind? Die Antwort ist mehr als einfach. Jede beliebige Norm bietet eine ganze Reihe Gradationen. Die körperliche Unversehrtheit umfaßt eine Reihe menschlicher Organe. Die Erwerbsmittel sind bei der gegenwärtigen Ordnung in einer Menge verschiedenartigster Rechtsgüter und bedingter Surrogate ausgedrückt. Beleidigung kann durch Wort und Tat zugeführt werden usw. usw. Sind aber einmal die Äußerungen der Normen des Gemeinlebens mannigfaltig, so sind dementsprechend auch die Äußerungen der Verletzung dieser Normen ebenso mannigfaltig.

Seit die Staatsgewalt existiert, hat sie den Schutz der Normen des Gemeinlebens übernommen und ist, durch alle Maßnahmen bestrebt, die Möglichkeit der Verletzung dieser Normen vorzubeugen. Zugleich bildet die Staatsgewalt und ihre Einrichtung selbst gewisse Grundstützen des Gemeinlebens, gewisse Normen, die sie ebenfalls selbst unter ihren Schutz nimmt. In diesem „Selbstschutze" erinnert die Staatsgewalt an jeden Handwerker, der die Gegenstände seines Faches nicht nur für seine Kundschaft, sondern auch für sich anfertigt.

Den Schutz übernehmen heißt jedoch noch nicht schützen. Und so sind denn auch die Normen immer und überall verletzt worden, ebenso wie sie jetzt verletzt und — wie anzunehmen ist — auch in Zukunft verletzt werden werden. Was tut nun die Staatsgewalt, wenn die Norm verletzt ist? Sie ist zunächst bestrebt, die Norm — falls das nur möglich ist — wieder herzustellen. Was den Urheber der Verletzung angeht, so ist, falls er erreichbar ist, sein Schicksal durch die bestehenden Gesetze im voraus bestimmt. Die Reihe der Handlungen, für welche ihn die Strafe erwartet, bildet den Inhalt des Strafgesetzes. Die übrigen Handlungen aber, die die Normen des Gemeinlebens verletzen, ziehen Folgen anderer Art — wie z. B.

zivilrechtliche Verantwortlichkeit (Schadenersatz) nach sich oder sind vom Gesetzgeber ohne alle Folgen gelassen.

Wovon läßt sich der Strafgesetzgeber bei der Wahl der normwidrigen Handlungen, die er mit Strafe belegt, gewöhnlich leiten?

Nach unserer Überzeugung besteht das Grundelement der Strafe im Rachetrieb des Verletzten, und die Staatsgewalt hat diese schwierige Funktion von dem Individuum, dem Haupt der Familie, des Stammes und der Sippe geerbt. In gewissem Grade empört natürlich jede normwidrige Handlung unwillkürlich die diese Normen anerkennende Mehrheit. Aber am meisten empört wird der unmittelbar Verletzte. Gegen den Mörder sind die Verwandten und Nahestehenden des Ermordeten, oder aber beim Mordversuche derjenige, welcher der Gegenstand des Attentats war, am meisten aufgebracht. Gegen den Dieb empört sich der Verletzte selbst am allermeisten. Diese Empörung ist auch eine der Normen der Gemeinschaft. Sie äußert sich in Rachedurst. Die Staatsgewalt ist gezwungen, den Verletzten zu rächen. Aber die Rolle der Staatsgewalt ist lange nicht so passiv. Wie schon oben gesagt wurde, sind die Gesetzgeber seit jeher bestrebt, den Verbrechen vorzubeugen, eine Zweckmäßigkeit in der Ausübung der Repression herrschen zu lassen. Leider haben alle diese Versuche bisher zu nichts geführt; es ist schwer, ja ganz unmöglich, durch Androhung oder Anwendung von Strafe auf einen Menschen einzuwirken, der bewußt zur Zerstörung der Normen, zur Verletzung irgend eines rechtlich geschützten Interesses entschlossen ist. Die Gefährdung der Interessen einzelner Persönlichkeiten, der Gesellschaft und der Staatsgewalt beschränkt sich aber nicht auf die bewußten Taten, die irgend ein Interesse direkt angreifen. Es gibt eine Reihe von Handlungen, die eine indirekte Gefahr enthalten. Schnelles Fahren auf belebten Straßen, nachlässiges Verhalten beim Bau von Häusern, unvorsichtiges Umgehen mit Feuer usw. — alles das schafft auf indirekte Weise dieselbe Gefahr wie die sogenannte „Verbrecherwelt". Und hier sind die Verbote, hier ist die Strafdrohung zweckmäßig. Diese Drohung kann den erblichen Hang zum Verbrechen, der Not und einer Reihe anderer sozialer Faktoren des Verbrechens nicht die Wage halten; aber für normale Menschen, für die Fahrwege benutzende, Tabak rauchende, Häuser bauende Mehrheit, für den Fabrikinspektor oder-arbeiter, für den Matrosen des segelfertigen Schiffes, der sich in

der Hafenschenke betrinkt, usw. bildet diese Drohung wohl ein Gegengewicht. Ursprünglich beachtete die Staatsgewalt diese Gruppe von Handlungen sehr wenig. Aber mit der Zeit geht das Streben des Gesetzgebers immer mehr und mehr dahin, das Gebiet dieser an und für sich unschädlichen, aber eine indirekte Gefahr in sich bergenden Handlungen zu umfassen. Die fortschreitenden Entdeckungen auf dem Gebiete der Dampfkraft und der Elektrizität schaffen immer größere Gefahren; das Fahren auf dem Automobil bedroht das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bürger ebenso wie die Instrumente der wirklichen Mörder und Messerhelden. Dafür wird die Gesellschaft aber durch Tafeln an den großen Fahrstraßen, steilen Biegungen und abschüssigen Wegen mit der Aufschrift: „Fahrgeschwindigkeit nicht über so und so viel Kilometer pro Stunde" (oder „Buße"), durch in Westeuropa so verbreitete, an den entsprechenden Plätzen in genügender Anzahl aushängende Fabrikreglements und ähnliche Maßregeln unvergleichlich mehr geschützt als durch Zwangsarbeit, Gefängnis und andere Attribute des „Pönitentiarsystems". Mag die Nichtbeachtung dieser Normen auch zu gewissen Entbehrungen oder Leiden führen, die letzteren sind in diesen Fällen doch nicht so sehr Endzweck als Mittel zu einem andern Zwecke — ein Gegengewicht zur Verletzung der entsprechenden Normen. Was aber die Leiden betrifft, denen sich diejenigen aussetzen, welche irgend welche unmittelbaren Interessen verletzen, so bilden dieselben größtenteils den Endzweck, der aus den oben auseinandergesetzten Betrachtungen selten zu irgend einem Resultate führt.

Die Rolle des modernen Strafgesetzgebers besteht also in der Festsetzung von Strafen im Strafgesetzbuch, 1) für Handlungen, die irgend welche rechtlich geschützten Interessen angreifen und in der großen Mehrheit der Verletzten Rachedurst hervorrufen und 2) für Handlungen, die an und für sich unschädlich sind, die rechtlich geschützten Interessen aber indirekt zu gefährden drohen. Inbezug auf die erste Gruppe von Handlungen muß der Gesetzgeber mit Strafmitteln möglichst zurückhalten; nur diejenigen Handlungen, die zur Zeit der Abfassung des Gesetzes bei dem Verletzten wirklich einen Ausbruch der Entrüstung hervorrufen, müssen mit Strafe belegt werden. Dafür räumt aber die zweite Gruppe von Handlungen dem Gesetzgeber ein weites Feld zu vernünftiger, zweckmäßiger Tätigkeit ein. Und man kann die in jüngster Zeit in

allen Kulturstaaten beobachtete Entwickelung der Repressivmaßregeln in bezug auf diese Gruppe, die Binding und seine Anhänger mit dem Namen „Ungehorsamsdelikte" getauft haben, nur willkommen heißen.

Einen großen Schritt vorwärts machte in dieser Beziehung schon „das Statut über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen" („Ustaw"). Aber einen noch größeren Schritt macht auf diesem Wege das neue russische Strafgesetzbuch. Von 36 Kapiteln (615 Paragraphen), die alle Arten der strafbaren Handlungen umfassen, sind zehn (über 200 Paragraphen) fast ausschließlich Handlungen gewidmet, die nur eine indirekte Gefahr, nur die Möglichkeit schädlicher Folgen bieten. Diese Kapitel sind folgende: „Verletzung der die Volksgesundheit schützenden Bestimmungen", „Verletzung der die gesellschaftliche und persönliche Sicherheit schützenden Bestimmungen," „Verletzung der den Volkswohlstand schützenden Bestimmungen," „Verletzung der die gesellschaftliche Ruhe schützenden Bestimmungen," „Verletzung der Bestimmungen über die Überwachung der gesellschaftlichen Sittlichkeit," „Verletzung der Bestimmungen über die Überwachung der Jugenderziehung," „Verletzung der Bestimmungen über die Überwachung der Presse," „Verletzung der Bestimmungen über die Überwachung der Gewerbe und des Handels," „Verletzung der Bestimmungen über die persönliche Verdingung" und „Verletzung der Bestimmungen über die Ausführung von Bauarbeiten und die Benutzung von Verkehrswegen und Kommunikationsmitteln".

Viele der in diesen Kapiteln enthaltenen Bestimmungen hat das neue russische Strafgesetzbuch aus dem geltenden russischen Strafgesetze und dem „Ustaw" übernommen. Was aber in diesen Strafbüchern chaotisch durcheinandergeworfen, und je nachdem das Leben neue Interessen in den Vordergrund rückte, allmählich aufgeschichtet worden war, ist von den Verfassern des neuen Strafgesetzbuches in ein bestimmtes System gebracht worden. Es gibt fast keinen Paragraphen, der sich nicht auf ein wirkliches Bedürfnis eines lebensfähigen Interesses an Rechtsschutz stützte. Eine Ausnahme bildet lediglich Kapitel XV: einige Gesetzesbestimmungen dieses Kapitels spiegeln den Rechtsschutz der Interessen eines speziellen Zensurregimes wieder, über dessen Tauglichkeit die Meinungen geteilt sein können. Ein Einwand könnte auch inbetreff der ungleichmäßigen Verteilung der Repression bei der Zusammenstellung

einiger Fälle (z. B. einige Paragraphen in dem Kapitel über „Verletzung der Bestimmungen über die persönliche Verdingung") erhoben werden. Aber von der Repression, d. h. davon „wie das neue russische St.G.B. bestraft", wird noch später die Rede sein. Außerdem ginge auch eine so detaillierte Betrachtung jeder einzelnen Bestimmung über den Rahmen der vorliegenden, nur den allgemeinen Zügen des neuen russischen Strafgesetzbuches gewidmeten Abhandlung hinaus.

Die direkt auf eine Schädigung irgend welcher Interessen gerichteten bewußten Handlungen bilden den überwiegenden Inhalt der übrigen 26 Kapitel. Die deutschen Kriminalisten, Binding an der Spitze, haben dieser Gruppe von Handlungen sehr treffend den Namen „Angriffsdelikte" gegeben. Natürlich können auch diese Handlungen, abgesehen von dem offenkundigen verkörperten Anschlage auf irgend ein bestimmtes Interesse, ebenfalls eine indirekte Gefahr für andre Interessen in sich bergen. Aber diese Gefahr tritt zurück, sobald ein Verletzter vorhanden ist.

Es gibt ferner eine Reihe andrer Einteilungen der verbrecherischen Handlungen in Gruppen. Am meisten verbreitet ist die Einteilung aller Anschläge in folgende drei Gruppen: a) Anschläge auf die rechtlich geschützten Interessen einzelner Personen, Bürger b) der Gesellschaft und c) des Staates. Bei einer normalen Staatsordnung fallen die Interessen der Gesellschaft und der Staatsgewalt gänzlich mit den Interessen der einzelnen Personen, Bürger zusammen. Alles dieses bedeutet nichts weiter als, — wie Professor Foinitzky sagt — „die verschiedenartigen Beziehungen des Menschen zum Menschen, die in drei Hauptsphären: die privatbürgerliche, die gesellschaftliche und die staatliche zerfallen. Daher teilen sich auch die verbrecherischen Handlungen, die gegen die Beziehungen einer dieser Sphären gerichtet sind, in drei Gruppen, welche Anschläge gegen einzelne Personen oder Privatgebäude, gegen die Gesellschaft und gegen den Staat genannt werden".[1]) Professor Foinitzky macht dann Bemerkungen über eine gewisse Ungenauigkeit in der Benennung der ersten Gruppe: „Man muß sich vor Augen halten," sagt unter anderm der ehrwürdige Gelehrte, „daß alle verbrecherischen Handlungen heutzutage nicht im Namen irgend welcher Privatinteressen, einer einzelnen Persönlich-

[1]) Foinitzky, Spezieller Teil, § 1. S. 5.

keit, sondern im Namen der allgemeinen Staatsinteressen bestraft werden; darum ist auch in jedem Anschlage auf eine Persönlichkeit unzweifelhaft ein sozial-staatliches Moment enthalten". Es ist jedoch schwer, mit der Formulierung dieser Bemerkung, wenn sie auch jetzt die herrschende ist, einverstanden zu sein. Uns will die gerade umgekehrte Formulierung: sowohl die gesellschaftlichen wie die staatlichen Interessen müssen im Endzweck die Interessen der einzelnen Persönlichkeiten darstellen — als richtiger erscheinen. Lebensfähig sind nur die Normen, welche auf wirklichen Bedürfnissen der Mehrheit der Bevölkerung fußen. Und darum sind Anschläge gegen die Gesellschaft und gegen den Staat im Grunde Anschläge gegen eine einzelne oder gegen einzelne Persönlichkeiten. Sobald sie das nicht sind, sind sie überhaupt nicht „Anschläge".

Dessenungeachtet bietet die Einteilung der Anschläge, von der hier die Rede ist, große technische Bequemlichkeiten für die Verteilung des Materials. Alle Handlungen, die Anschläge auf Interessen bestimmter Personen (physischer oder juristischer) bilden, können im Kodexe unter den Rubriken „Anschläge gegen einzelne Personen oder Privatgüter" und „Anschläge gegen den Staat" verteilt werden. Dieselben Handlungen, die keine direkten Anschläge auf irgend ein Interesse darstellen, sondern nur eine indirekte Gefahr für X, Y, Z usw. enthalten (Ungehorsamsdelikte), kommen unter die Rubrik „Anschläge gegen die Gesellschaft". Hierher gehören ebenfalls auch die bewußten Handlungen, die direkt gegen die von der Mehrheit anerkannten und geachteten abstrakten gesellschaftlichen Grundsätzen (Religion und Familie) gerichtet sind. Anschläge auf die religiösen Grundstützen rufen in einer ganzen Masse von Personen ein Gefühl der Entrüstung hervor. Und was die Familie betrifft, so bildet der Anschlag auf dieselbe natürlich auch einen Anschlag auf die Privatsphäre. Wie aber Professor Foinitzky sehr richtig bemerkt (Spezieller Teil, S. 9), „steht die Kategorie der Anschläge gegen Familienrechte auf einer Linie mit den sozialen Verbrechen und hat mit diesen den gemeinsamen Zug, daß die zu ihr gehörigen Verbrechen einen der wichtigsten sozialen Verbände — die Familie zum Objekt haben, — dieselben sind daher zweckmäßiger in der Gruppe der sozialen Anschläge zu behandeln". Hier ist jedoch einzuwenden, daß Anschläge gegen die Keuschheit das Gepräge eines vollständigen Privatinteresses tragen. Professor Foinitzky sondert dieselben daher in eine spezielle Art von „Anschlägen gegen persönliche Rechtsgüter" ab.

Eine solche Einteilung des Materials wird aber leider in den meisten Gesetzen nicht eingehalten. Die in direkten Anschlägen auf irgend ein bestimmtes Interesse enthaltene größere oder geringere indirekte Gefahr bewegte z. B. die Verfasser des geltenden deutschen Strafgesetzbuches einen speziellen Abschnitt über „gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen" (Abschnitt XXVII) zu schaffen, in dem die Bestimmungen über vorsätzliche und fahrlässige Brandstiftung, Überschwemmung, über Mißbrauch von Sprengstoffen, Beschädigung der Verkehrswege, Telegraphenleitungen usw. untergebracht sind. Eine indirekte Gefährdung ist doch aber fast mit jedem verbrecherischen Anschlage auf ein bestimmtes Interesse verbunden, und darum kann sie auch für die Einteilung dieser Anschläge in Arten nicht als Merkmal dienen.

Es ist daher willkommen zu heißen, daß das neue russische Strafgesetzbuch in dieser Beziehung dem Beispiele des geltenden deutschen St.G.B.s und einiger andern Gesetze nicht gefolgt ist und für die einen großen Teil indirekter Gemeingefahr enthaltenden Anschläge keine speziellen Rubriken geschaffen hat. Wo ist denn auch der genaue Maßstab für derartige Abgrenzungen? Was bedeutet ein großer oder geringer Teil?

Bisher haben wir nur diejenigen Kapitel des neuen russischen Strafgesetzbuches angeführt, die hauptsächlich den „Ungehorsamsdelikten", d. h. solchen Handlungen gewidmet sind, die eine indirekte Gefahr für die rechtlich geschützten Interessen in sich bergen. Sie bilden die erste Art der „Anschläge gegen die Gesellschaft". Wie schon früher angedeutet wurde, beschränkt sich aber die Sphäre dieser Gruppe von Anschlägen nicht darauf allein. Hierher gehören die meisten Bestimmungen, welche den Inhalt der Kapitel „Verletzung der den Glauben schützenden Bestimmungen", Verbrecherische Handlungen gegen Familienrechte", Verletzung der Bestimmungen über die Überwachung der gesellschaftlichen Sittlichkeit" und zu einem gewissen Teil „verbrecherische Handlungen im Amte" bilden.

Die Anschläge gegen den Staat sind hauptsächlich in den Kapiteln III, IV, V, VI, VII, VIII und zum Teil in Kap. XXXVII behandelt.

Durch eklektischen Charakter zeichnen sich die Bestimmungen des Kapitels XX (Fälschungen von Münzen, Wertpapieren und Wertzeichen) und Kap. XXI (Urkundenfälschung) aus. Sämtliche

Fälschungen können sowohl gegen die Interessen einzelner Personen (physischer oder juristischer, unter letzteren auch des Staats) als auch gegen unbestimmte Personen, gegen „die Gesellschaft" gerichtet sein. Dasselbe ist über Kapitel XXX zu sagen, dem ein ebensolcher eklektischer Charakter der Bestimmungen eigen ist.

Die Anschläge auf die Privatsphäre bilden den Hauptinhalt der übrigen Kapitel des Gesetzbuches[8]).

Das wäre der Cyklus der nach dem neuen russischen Strafgesetzbuche strafbaren Handlungen. Die Betrachtung jeder derselben im Speziellen müßte den Gegenstand einer besondern Abhandlung bilden; es hieße daher über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung hinausgehen, wollten wir auf die eingehende Beleuchtung jedes Instituts eingehen. Jedenfalls zeugt schon das bloße Verzeichnis der strafbaren Handlungen von dem Fortschritte, den das neue russische Stafgesetzbuch gegenüber dem geltenden aufweist. So gibt es z. B. in diesem Verzeichnis keine „Plünderung": die „offene Plünderung ohne Gewalt" geht in dem allgemeinen Begriff des Diebstahls auf, der sowohl die heimliche wie offene Entwendung eines fremden beweglichen Eigentums umfaßt. „Die Plünderung mittels Gewalt" wird in den allgemeinen Begriff des Raubes eingeschlossen. Wem der Widerstreit der Meinungen bei Auslegung der Unterarten des „Diebstahls als heimlicher Entwendung" und der „Plünderung als offener Entwendung ohne Gewalt" einigermaßen bekannt ist, der weiß, wie dringend notwendig es war, sich dem System aller modernen Gesetze anzuschließen und die Teilung der Entwendung nach dem Merkmal des offenen oder heimlichen Entwendungsmittels in Arten abzuschaffen.

Einen großen Schritt vorwärts bedeutet es auch, daß die in dem geltenden russischen Strafgesetzbuche durch einandergewürfelten Bestimmungen über den „Vertrauensmißbrauch" in ein System gebracht sind. Überhaupt ist das ganze Gebiet der Anschläge gegen das Vermögen sorgfältig umgearbeitet und in ein System gebracht worden. Dasselbe ist über die Anschläge gegen persönliche Rechtsgüter zu sagen.

Dagegen sind der Strafbarkeit der Religions- und auch einiger Staatsverbrechen dieselben Prinzipien zu Grunde gelegt, welche für die entsprechenden Bestimmungen des geltenden russischen Straf-

[8]) XXII—XXXVI inklusive.

gesetzbuches grundlegend waren. Das läßt sich aber durch die Besonderheiten unsres politischen Regimes erklären, infolgedessen sich die genannten Bestimmungen in vielem von den entsprechenden Bestimmungen in den westeuropäischen Kodexen unterscheiden.

Im vorigen, sowie in diesem Kapitel wurde auf die subjektiven und objektiven Faktoren hingewiesen, die in ihrem Produkt das Gebiet der nach dem neuen russischen Strafgesetzbuche strafbaren Handlungen ergeben. Es gibt aber viele Umstände, die die Strafbarkeit ausschließen, viele Momente, die die strafrechtliche Bedeutung des betreffenden Produkts paralysieren. Der Aufzählung dieser Umstände widmet das neue russische Strafgesetzbuch den vierten und achten Abschnitt des ersten Kapitels: 1. Über die Bedingungen der Zurechnung und Kriminalität der Handlungen, 2. über die die Strafbarkeit aufhebenden Umstände.

Der erste dieser Abschnitte enthält die Aufzählung derjenigen Bedingungen, unter welchen die verbrecherischen Handlungen A) nicht als Schuld angerechnet und B) nicht als verbrecherisch betrachtet werden.

Die Bedingungen unter denen verbrecherische Handlungen nicht zugerechnet werden, sind folgende: a) „wenn die Person, welche eine verbrecherische Handlung verübt hat, zur Zeit der Begehung derselben Art und Bedeutung des von ihr Verübten nicht begreifen oder infolge krankhafter Störungen der Seelentätigkeit oder bewußtlosen Zustandes oder von einem körperlichen Gebrechen oder einer Krankheit herrührender geistiger Zurückgebliebenheit ihre Handlungen nicht leiten konnte“ (§ 59), b) wenn die verbrecherische Handlung von einem Kinde unter zehn Jahren begangen ist (§ 40), c) wenn die verbrecherische Handlung von einem Minderjährigen von 10—17 Jahren verübt ist, „welcher Art und Bedeutung des von ihm Verübten nicht verstehen oder seine Handlungen nicht leiten konnte, (§ 41), d) wenn eine verbrecherische Handlung verübt ist, die der Täter nicht voraussehen oder abwenden konnte“ (§ 42), e) bei Unkenntnis des „Umstandes, welcher die Kriminalität der Handlung bedingt oder die Verantwortlichkeit erhöht“ — im zweiten dieser Fälle wird die Zurechnung selbstredend nur für die die Verantwortlichkeit erhöhenden Umstände aufgehoben (§ 43)[9]).

---

[9]) Im vorigen Kapitel wurde eine Reihe Fälle angeführt, in denen der Gesetzgeber von den unter Letter d, e behandelten Sätzen abweicht.

Die die Kriminalität der Handlung ausschließenden Bedingungen sind folgende: a) wenn die Handlung in Befolgung des Gesetzes und ebenfalls in Ausführung eines Amtsbefehls begangen ist, sobald ein solcher Befehl von der vorgesetzten Macht in den Grenzen ihrer Kompetenz erteilt worden ist und nichts offenkundig Verbrecherisches enthalten hat (§ 44), b) wenn die Handlung „in Notwehr gegen rechtswidrige Anschläge auf persönliche oder Vermögensgüter" verübt ist (§ 45), c) wenn die Handlung „zur Rettung des eignen Lebens oder des Lebens eines andern aus einer infolge einer Drohung, rechtswidrigen Nötigung oder andern Ursache entstandenen Gefahr verübt ist, die außerdem durch kein andres Mittel abzuwenden war" (§ 46), d) der zweite Teil desselben § 46 dehnt dieselbe Regel auf Handlungen aus, die unter den gleichen Bedingungen „zur Rettung der Gesundheit, Freiheit, Keuschheit oder eines andern persönlichen oder Vermögensgutes der eignen oder einer andern Person aus Gefahr verübt ist", sobald nur der Täter hinreichenden Grund hatte, den von ihm verübten Schaden im Vergleich zu dem geschützten Rechtsgut für gering zu erachten" und e) wenn die Tat auf einen nicht existierenden oder doch zur Begehung der geplanten verbrecherischen Handlung offenbar untauglichen Gegenstand gerichtet war" (§ 47).

Die aufgeführte Reihe der Bestimmungen „über die Bedingungen der Zurechnung und der Kriminalität der Handlungen" ist ein Muster an Gedrängtheit und Verallgemeinerung der umfaßten Begriffe. So ersetzte z. B. § 39 eine Reihe durcheinander gewürfelter kasuistischer Aufzählungen, die in den §§ 92 (Abs. 3), 95, 96, 97 und 98 des geltenden russischen Strafgesetzbuches und in § 10 (Abs. 3) des „Ustaw" enthalten sind. Ferner verallgemeinerte § 44 des neuen russischen St.G.B.s (über Amtsgesetz oder Amtsbefehl als Strafausschließungsgründe) eine ganze Reihe Bestimmungen, die in den §§ 393, 403, 1471, 1495 und 1540 des geltenden russischen Strafgesetzbuches sowie in einer Reihe andrer spezieller Statuten — im Militär-, Zollstatut usw. verstreut sind.

Einer wesentlichen Änderung sind die Bestimmungen über die Notwehr und den Notstand unterworfen worden.

Die französischen und belgischen St.G.B. erkennen die Rechtmäßigkeit der Notwehr nur bei Angriffen auf persönliche Rechtsgüter an. Das deutsche Strafgesetz hingegen erweitert den Begriff der rechtgemäßen Notwehr: die allgemeine Definition der Notwehr,

die im § 53 des genannten St.G.B.s gegeben ist, umfaßt (eo ipso) nicht nur persönliche, sondern auch Vermögensgüter, wenn der Angriff auf dieselben einen „Zustand der Notwehr" schafft. Dieselbe Erweiterung des Begriffs der rechtgemäßen Notwehr lassen einige andre westeuropäische Gesetze sowie das geltende russische Strafgesetzbuch zu. Letztres zählt in § 101 die Fälle auf, „in denen die Anwendung der Kraft und verschiedenster Maßregeln zum Schutz gegen einen Angriff, sowie die dabei erfolgte Beibringung von Wunden, Verstümmelungen oder sogar die Herbeiführung des Todes nicht als Schuld angerechnet werden." Diese Fälle sind folgende: wenn eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit des sich Verteidigenden droht, wenn der „Angriff von einem Diebe oder Räuber ausgeführt oder wenn der Angreifer mit Gewalt in die Behausung des sich Verteidigenden eingedrungen ist." Aus dieser Aufzählung ist ersichtlich, daß das geltende Strafgesetzbuch die Notwehr und ihre Folgen auch bei Angriffen auf das Vermögen als rechtgemäß anerkennt. In § 102 wird auch die „Keuschheit und Ehre" des Weibes zu den zu verteidigenden Rechtsgütern gerechnet. Schließlich erklärt § 103, daß die Anwendung von Maßregeln der Notwehr nicht nur zur Selbstverteidigung, sondern auch zur Verteidigung andrer, „sich in gleicher Lage befindenden Personen zulässig ist".

Mit den aufgezählten Bedingungen sind jedoch die Umstände, die das geltende russische Strafrecht für die Straflosigkeit der im Zustande der Notwehr begangenen Handlungen als notwendig anerkennt, nicht erschöpft. Schon der citierte § 101 betont als notwendige Bedingung zur Erkennung auf „persönliche Notwehr" die „Unmöglichkeit, den Schutz der lokalen oder nächsten Behörde anzurufen". Ferner wird dem sich Verteidigenden die Pflicht auferlegt, den Nachbarn — und „bei erster Möglichkeit auch der nächsten Behörde — von dem Vorgefallenen ungesäumt Anzeige zu machen".

Das neue russische Strafgesetzbuch macht einen großen Schritt vorwärts, indem es das Aufzählungssystem der citierten Paragraphen durch den allgemeinen Satz ablöst: „Die in Notwehr gegen rechtswidrige Anschläge auf persönliche oder Vermögensgüter des sich Verteidigenden oder einer andern Person begangene Handlung gilt nicht als verbrecherisch" (§ 45). Wie aus dem angeführten Texte ersichtlich ist, verwarf das neue russische Strafgesetzbuch voll-

ständig die Bedingung der „Unmöglichkeit, den Schutz der lokalen oder nächsten Behörde anzurufen". Tatsächlich ist diese Bedingung doch nur ein das Vorhandensein der Notwehr ausschließender Spezialfall. Und darum handelten die Verfasser des Strafbuches völlig richtig, indem sie sich auf den allgemeinen Hinweis beschränkten, „daß im gegebenen Falle nur die Notwehr straffrei bleibt". (Erklärungen zum Entwurfe der Redaktionskommission, S. 120).

Verworfen wurde auch die anachronistische Forderung inbetreff des „post factum", d. h. der Notwendigkeit der Anzeige von dem Vorgefallenen an die Nachbarn und die Behörde.

Die Überschreitung der Grenzen der Notwehr wird von dem geltenden russischen Strafrechte in demselben § 101 bestimmt. Sie besteht in dem Schaden, der dem Angreifer „schon nach Abwendung der von ihm drohenden Gefahr zugefügt wird", d. h. nach der Terminologie des neuen russischen Strafgesetzbuches „in der Unzeitigkeit der Verteidigung". Der zweite Teil des § 145 des neuen russischen Strafgesetzbuches ergänzt diese Definition durch „Übermäßigkeit" der Verteidigung, beschränkt dafür aber die Strafbarkeit der Überschreitung der Grenzen der Notwehr auf speziell vom Gesetze vorgesehene Fälle: „die Überschreitung der Grenzen der Notwehr durch Übermäßigkeit oder Unzeitigkeit der Verteidigung wird nur in gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen bestraft."

Im Gegensatz zur Notwehr ist der „Notstand" schon in dem geltenden russischen Strafgesetzbuche sehr glücklich formuliert; § 100 umfaßt diesen Begriff voll und ganz[10]), beschränkt ihn aber nur auf Fälle der Lebensgefahr. Das geltende deutsche Strafgesetzbuch dehnt ihn auch auf Fälle der Gefahr für die Gesundheit (§§ 52 und 54), das ungarische auf Fälle der Gefahr für die körperliche Unversehrtheit (§§ 77 und 80) aus. Unvergleichlich ausgedehnter sind die Bestimmungen des französischen St.G.B.s (§ 64)[11]). Aber diese durch nichts bedingte vollständige Unbegrenztheit der Definition

[10]) „Demjenigen, welcher eine rechtswidrige Handlung infolge einer unüberwindlichen, von einer Übermacht ausgehenden Nötigung und nur zur Verhütung einer seinem Leben unmittelbar drohenden, zur Zeit durch kein andres Mittel abzuwendenden Gefahr, verübt hat, wird das Begangene nicht als Schuld angerechnet."

[11]) § 64: „Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu . . . a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister."

rief in der Praxis eine Reihe Begrenzungen hervor und erweist sich daher als toter Buchstabe.

Das neue russische Strafgesetzbuch macht in dieser Hinsicht einen großen Schritt vorwärts: laut § 46 gilt nicht nur „die zur Rettung des eignen Lebens oder des Lebens einer andern Person aus Gefahr verübte Handlung", sondern auch „die zur Rettung der Gesundheit, Freiheit, Keuschheit oder eines andern persönlichen oder Vermögensgutes der eignen oder einer andern Person aus Gefahr verübte Handlung" als nicht kriminell. Aber bei der Rettung aller dieser Rechtsgüter (das Leben ausgenommen) wird noch neben den allgemeinen Bedingungen (Unabwendbarkeit der Gefahr durch andre Mittel) etwas Spezielles gefordert: der Täter muß „hinreichende Gründe haben, den von ihm verübten Schaden im Vergleich zu dem von ihm geschützten Rechtsgute für gering zu halten."

Zu den Umständen, welche die Strafbarkeit aufheben, rechnet das neue russische Strafgesetzbuch a) Verjährung — §§ 68, 69, 70 und 71, b) die von der obersten Selbstherrschergewalt ausgehende Begnadigung und Verzeihung (§ 72).

§ 68 unterscheidet drei Arten von Verjährung, je nach den Fristen, welche 1) seit dem Tage der Begehung der verbrecherischen Handlung bis zum Tage der Einleitung der strafrechtlichen Verfolgung, 2) seit dem Tage der Begehung der verbrecherischen Handlung bis zum Tage des Urteilsspruches, 3) seit dem Tage des Urteilsspruches bis zum Tage des Beginns seiner Vollstreckung verstrichen sind.

In Bezug auf die erste dieser Arten sind folgende Verjährungsfristen festgesetzt: 15 und 10 Jahre für schwere Verbrechen (mit Ausnahme von § 99), 8 und 3 Jahre für Verbrechen und 1 Jahr für Vergehen. Was die zweite und dritte Art der Verjährung (Verjährung nach der Zeit des Urteilsspruches und Verjährung nach der Zeit des Beginns der Vollstreckung) betrifft, so sind in Bezug auf sie doppelte und dreifache Fristen gegenüber den oben angegebenen festgesetzt: doppelte bei schweren Verbrechen und Verbrechen, dreifache bei Vergehen.

Im ursprünglichen Entwurfe zum neuen russischen Strafgesetzbuch wurde noch ein Strafaufhebungsgrund angeführt, nämlich die Verzeihung seitens des Verletzten oder die Verzichtleistung des Verletzten auf Einleitung der strafrechtlichen Verfolgung in Sachen,

die nur beim Vorhandensein einer Privatklage verfolgt werden. Die Einverleibung dieses Grundes in die Kategorie der „die Strafbarkeit aufhebenden Umstände" war in den Erläuterungen zu dem ersten Entwurfe sehr richtig durch folgende Erwägungen motiviert: „Obwohl die Ordnung der Anstrengung einer Privatklage, sowie die Bedingungen der Realisierung einer solchen Anklage, die Rechte der Ankläger vor Gericht usw. von der Strafprozeßordnung bestimmt werden müssen, so ist doch die Festsetzung dieser Gruppe von Rechtsübertretungen, die Bestimmung des Einflusses der Aussöhnung des Verletzten mit dem Schuldigen auf Verantwortlichkeit, Bedeutung und Umfang der Klage im Strafgesetze zu bestimmen, da hier von den gesetzlichen Bedingungen der Strafbarkeit einer ganzen Gruppe verbrecherischer Handlungen die Rede ist" (S. 225). Aber schon in der zweiten Fassung des Entwurfes wird dieser Grund leider nicht mehr erwähnt und findet, wie oben schon gezeigt wurde, auch in der endgültigen Fassung des neuen russischen Strafgesetzbuches keine Erwähnung.

Im folgenden Kapitel gehen wir zur Betrachtung der zweiten Frage — wie das neue russische Strafgesetzbuch straft — über.

III.

Noch vor gar nicht langer Zeit wurden die Strafmaßregeln sowohl von der Wissenschaft wie von den Gesetzbüchern in viele Kategorieen eingeteilt, und zwar waren bei der Klassifikation die verschiedenartigsten Prinzipien maßgebend. Die ganze mittelalterliche Ordnung mit ihrer Spitzfindigkeit im Erfinnen von Grausamkeiten, mit ihren Standesunterschieden spiegeln sich in diesen verschiedenartigen Klassifikationen wieder.

Mit der Milderung der Sitten verschwanden die beschimpfenden verstümmelnden Strafen. Ebenso verschwanden allmählich die Standesunterschiede. Und in den neuesten Gesetzbüchern findet sich schon keine Spur mehr von diesen mittelalterlichen Überbleibseln. Aus diesem Grunde hat sich die Klassifikation der Strafen erheblich vereinfacht: alle Strafen der Jetztzeit lassen sich hauptsächlich auf Freiheitsentziehung und Vermögensbeeinträchtigung zurückführen.

Aber abgesehen von den verschiedenen Klassifikationen nach der Art des Rechtsgutes, gegen welches sich die Strafe richtet, gibt es noch eine Reihe Einteilungen rein quantitativer und formaler

Natur. So unterscheidet z. B. der französische „Code pénal“ drei Straftypen, die den drei Typen der verbrecherischen Handlungen entsprechen: den „crimes“ entsprechen die „peines criminelles“, den „délits“ — „peines correctionelles“, den „contraventions“ — „peines de simple police“. Ein andres Beispiel der Einteilung liefert das geltende russische Strafgesetzbuch, welches sich nicht auf eine Teilung der Strafen in Arten beschränkt, sondern jede Strafart nach ihrer Dauer in einige Grade zerteilt. Diese Teilung in Grade ist durch den Wunsch des Gesetzgebers hervorgerufen, die Strafrahmen für die Tätigkeit des Richters relativ eng zu bemessen.

Aus der ganzen Masse der früher bestehenden Einteilungen des Strafensystems haben die neuen Gesetzbücher nur eines beibehalten: die Teilung der Strafen in Haupt- und Nebenstrafen.

Das geltende russische Strafgesetzbuch gehört seiner Klassifikation der Strafen nach zu den rückständigsten Gesetzen. Die Strafen werden in diesem St.G.B. in kriminelle und korrektionelle, in Strafen für privilegierte und nicht priviligierte Personen, in allgemeine, spezielle und exzeptionelle Strafen, in Haupt- und Nebenstrafen eingeteilt. Nicht weniger kompliziert ist die Strafenskala, welche die Strafen, wie schon früher angedeutet wurde, nicht nur in Arten, sondern auch in Grade teilt.

Die Verfasser des neuen russischen Strafgesetzbuches schafften alle diese Einteilungen, mit Ausnahme der Teilung der Strafen in Haupt- und Nebenstrafen, ab. Schon im Jahre 1861 und 1863 erlitt die Strafbarkeit nach den Merkmalen der Standeszugehörigkeit arge Erschütterungen. Die Gerichtsstatuten von 1864 schafften dann den Unterschied der Standesgerichtsbarkeit ab. Das Gesetz vom 10. Juni 1900 beseitigte die Unterscheidung zwischen Personen, denen ihrem Stande nach Verbannung nach Sibirien oder entlegenen Gouvernements und Personen, welchen in den gleichen Fällen Zuchthaus auferlegt wurde. Die vollständige Abschaffung der Körperstrafe machte die ganze Frage der Standesstrafen hinfällig.

Das Fehlen von Gradationen und die Bestimmung der Teilbarkeit der einzelnen Strafarten[12]) im neuen russischen Straf-

[12]) Die Dauer der „Katorga“ wird nach Jahren und Halbjahren bemessen; die Dauer der Haft: in der Besserungsanstalt nach Jahren und Monaten; in der Festung und im Gefängnisse — nach Jahren, Monaten und Wochen, und die Dauer des Arrests — nach Monaten, Wochen und Tagen (§ 22, T. I).

gesetzbuche ist ein Zeichen des Vertrauens des Gesetzgebers zum Gerichte. Diese Teilbarkeit ermöglicht es, die Strafe je nach den Motiven, die den Täter bei Verletzung irgend einer Norm leiteten, zu individualisieren. Und je weiter die Strafrahmen sind, innerhalb derer die relativ bestimmten Strafgesetze ausgedrückt sind, desto größere Garantieen haben die Zubestrafenden, desto vernünftiger wird die Rolle der Richter.

Das neue russische Strafgesetzbuch teilt also das ganze Gebiet der Strafen in zwei Typen — Haupt und Nebenstrafen.

Die Hauptstrafen sind im zweiten Paragraphen aufgezählt. Todesstrafe, „Katorga", Verbannung, Haft in der Besserungsanstalt, Festungshaft, Gefängnishaft, Arrest und Geldstrafe sind „die für verbrecherische Handlungen bestimmten Strafen."

Die Geschichte der Todesstrafe ist als frappantes Beispiel für die rasche Evolution der sozialen Institutionen äußerst lehrreich. Im XVII. Jahrhundert pflegte sich der so berühmte deutsche Jurist Carpzov, der Autor des Traktats „Nova practica rerum criminalium" gern mit den von ihm gefällten Todesurteilen zu brüsten: in 46 Jahren seiner richterlichen Tätigkeit (1620—1666) hatte er 20 000 Menschen zum Tode verurteilt! Das gibt eine Durchschnittsziffer von 430 Menschen pro Jahr. Und in unserer Zeit haben doch schon viele Staaten die Todesstrafe gänzlich abgeschafft. Da, wo diese Strafe beibehalten ist, wird sie selten angewandt, und jeder Fall ihrer Anwendung bildet ein außergewöhnliches Ereignis, von dem die ganze europäische Presse spricht, und das allgemeines Aufsehen und Interesse erregt. In der Wissenschaft wächst seit dem Ende des XVIII. Jahrhundert die Zahl der Abolitionisten von Tag zu Tag. Freilich macht sich in letzter Zeit eine umgekehrte Strömung bemerkbar, die von den rationalistischen Tendenzen der moderner Ultrareformatoren ins Leben gerufen ist. Einige der Anthropologen treten für die Zweckmäßigkeit der Todesstrafe für geborne Verbrecher ein. Einige der Kriminal-Soziologen halten es auch für notwendig, die Todesstrafe solange in den Gesetzbüchern beizubehalten, bis andere Strafarten zur Abschreckung und zum Schutz der Gesellschaft gefunden sein werden.

Vollständig recht hat Prof. Taganzew, wenn er diese Versuche, die Notwendigkeit der Todesstrafe für geborne Verbrecher nachzuweisen „ein jeder praktischen Bedeutung bares letztes Aufflackern"

nennt. In nicht mehr ferner Zukunft wird die Todesstrafe aus den Gesetzbüchern völlig verschwunden sein, und damit wird sich der vom Standpunkte des menschlichen Fortschritts bedeutungsvolle Übergang des Strafgebiets von der Verletzung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit zur Freiheitsentziehung und Vermögensbeeinträchtigung vollzogen haben. Die verstümmelnden und beschimpfenden Strafen, die Folter — die treuen Begleiter der Todesstrafe in der Vergangenheit — sind verschwunden. „Früher", sagt Garraud[13]), „machte man sich weniger daraus, den Tod herbeizuführen als Leiden zuzufügen, und das Gesetz und die Richter bemaßen das Leiden nach der Todesart, die sie bestimmten, wie sie die Entziehung der Freiheit bemessen, indem sie Charakter und Dauer der Haft festsetzen. Der Tod selbst war eine Strafe mit einigen Graden, während er jetzt, um den gelungenen Ausdruck des „Code pénal" von 1791 zu gebrauchen, in nichts weiter als der einfachen Beraubung des Lebens („dans la simple privation de la vie") besteht."

Allein die „einfache Beraubung des Lebens" an sich schließt schon Leiden ein. Mag die Guillotine und der vervollkommnete Galgen die physischen Leiden auch auf ein Minimum zurückführen, mag der Tod durch Elektrizität auch momentan eintreten — so bleiben doch die psychischen Leiden bestehen. Und schon diese psychischen Leiden, dieser „dernier jour d'un condamné" sind in der heutigen Zeit Grund genug zur Beseitigung der Todesstrafe dieser grausamen, unteilbaren und nicht rückgängig zu machenden Bestrafung.

In Portugal, Rumänien, Holland und in einigen Staaten Nordamerikas ist die Todesstrafe völlig abgeschafft. Auch in dem italienischen Gesetzbuche von 1889, im norwegischen Entwurfe von 1885 und im Schweizer Entwurfe von 1895 gibt es keine Todesstrafe. Im deutschen Strafgesetzbuche wurde sie nur dank dem energischen Drängen Bismarcks im Reichstage bei der dritten Lesung des Entwurfes beibehalten. Ebenfalls beibehalten ist die Todesstrafe im ungarischen Gesetzbuche von 1879 und im französischen Entwurfe von 1881. Aber in allen genannten Gesetzen und Entwürfen, in denen die Todesstrafe beibehalten ist, sind ihr die engsten Grenzen gezogen.

---

[13]) Traité, 2. Ausg. II, 330 (§ LV).

Nach dem geltenden russischen Strafgesetzbuche findet die Todesstrafe nur bei einigen Staats-Quarantänen- und Militärverbrechen statt.

Die Redaktionskommission des neuen russischen Strafgesetzbuches wollte einen entscheidenden Schritt tun und die Todesstrafe gänzlich aus der Zahl der Kriminalstrafen streichen. Aber infolge von Erwägungen rein politischen Charakters beschränkte sich die Kommission allein darauf, sich für die Möglichkeit der Abschaffung der Todesstrafe zu äußern und die endgültige Lösung dieser Frage dem Reichsrate zu überlassen.

Wie aus § 2 des neuen russischen Strafgesetzbuches ersichtlich ist, ist die Todesstrafe beibehalten worden. Ihr Anwendungsgebiet ist aber nur auf die allerschwersten Staatsverbrechen beschränkt worden.

Über den Vollzug der Todesstrafe sagt § 15: „die Todesstrafe ist durch den Strang, nicht öffentlich, zu vollziehen".

Die Öffentlichkeit und Feierlichkeit, welche die Zeremonie der Hinrichtung in früheren Zeiten umgab, sollte nach der Absicht der Gesetzgeber eine abschreckende Wirkung auf die Menge ausüben. Die Tatsachen ergaben aber etwas völlig Entgegengesetztes. So wurde z. B. festgestellt, daß, als in England für einen Diebstahl über 5 Schillinge gehängt wurde, am Orte der Hinrichtung — auf dem Platze und am Schafott selbst — ungeheuer viele Diebstähle im Betrage von über 5 Schillinge verübt wurden. Das bestätigt abermals anschaulich den Gedanken, daß die grausamen Strafen nur eine Vergröberung der Sitten herbeiführen und die in jedem menschlichen Wesen schlummernden niederen bestialischen Instinkte wachrufen. „Blut erzeugt Blut". Und es ist daher freudig zu begrüßen, daß alle modernen Gesetzbücher die öffentliche Vollstreckung der Todesstrafe aufgehoben haben.

Die Geschichte der „Katorga" in Rußland steht in engem Zusammenhang mit der Geschichte der Verbannung. Im XVI. Jahrhundert bürgerte sich die Verbannung nach Grenzstädten sehr ein. Ganz besonders bedeutungsvoll für die Entwicklung der Verbannung wurde aber das XVII. Jahrhundert: nach der Eroberung Sibiriens strebte die Regierung aus allen Kräften nach einer Kolonisation dieses neuen Gebiets.

Bis gegen Ende des XVII. Jahrhunderts war die Arbeit der verbannten Ansiedler Sache der persönlichen Initiative und freien

Wahl. Aber schon gleich zu Anfang des XVIII. Jahrhunderts erscheint in Sibirien die Zwangsarbeit. Die Verbannung zur Ansiedlung ist von da an bald eine die Zwangsarbeiten nur begleitende Nebenstrafe, bald eine selbständige Strafart. Das „Statut über die Verbannten" von 1822 stellt einen Versuch dar, für die Verbannten obligatorische Arbeiten einzuführen. Aber der Versuch schlug fehl: die Regierung fand nur mit Mühe Arbeit für die zu Zwangsarbeit Verurteilten, und für die Verbannten blieb faktisch nichts mehr übrig. Das geltende russische Strafgesetzbuch von 1845 sowie die ergänzenden Bestimmungen desselben Jahres über die Verteilung und Verwendung der zu Zwangsarbeit Verurteilten stellten den Versuch dar, ein bestimmtes System und Ordnung in das Institut der Zwangsarbeiten hineinzubringen. Jedoch führten auch diese Versuche zu nichts. Die Regierung verlor definitiv den Glauben an die Zweckmäßigkeit der sibirischen Katorga. Infolge dieser Enttäuschung ging die Bestimmung eines provisorischen Reglements vom 18. April 1869 dahin, die Anwendung der sibirischen Katorga zu beschränken und zur Leistung der Zwangsarbeiten sieben in den Grenzen des europäischen Rußlands und drei in den großen Zentren Sibiriens gelegene Gefängnisse zuzurichten[14]). Aber schon im Jahre 1875 wurde die Katorga auf Sachalin ins Leben gerufen.

§ 16 des neuen russischen Strafgesetzbuches bestimmt die Katorga folgendermaßen: „Die Katorga wird entweder lebenslänglich oder auf die Dauer von vier bis fünfzehn Jahren festgesetzt. Die Verurteilten werden in Zuchthäusern in Gemeinschaftshaft gehalten und innerhalb der Räume dieser Gefängnisse sowie außerhalb derselben zu schweren Zwangsarbeiten verwendet. Nach Verbüßung der Katorga werden sie in eigens dazu bestimmte Orte zur Ansiedelung verschickt".

Das Höchstmaß der zeitigen Zuchthausstrafe ist also nach dem Muster der neuen Gesetzbücher um fünf Jahre verkürzt worden: im französischen Code pénal, im belgischen St.G.B., im geltenden russischen Strafgesetzbuche beträgt das Höchstmaß dieser Strafe 20 Jahre, im deutschen, ungarischen, holländischen Gesetzbuche und im Schweizer Entwurfe von 1895 — 15 Jahre. Hier muß bemerkt werden, daß unter den Praktikern des Gefängniswesens

[14]) Taganzew, Vorlesungen, Ausg. 2, B. 2, S. 989.

schon lange Stimmen laut geworden sind, die für die Verminderung der fünfzehnjährigen Dauer eintreten. So sprachen sich z. B. bei der Beratung des Entwurfes zu dem jetzt geltenden deutschen Strafgesetzbuche von 1872 viele Beamte der Gefängnisadministration für das Höchstmaß von 10 Jahren für Zuchthaus aus. Die Hauptmotive, welche für diese Verkürzung der Zuchthausstrafe angeführt wurden, gipfelten in folgendem: eine zu lange Dauer schwäche die Kräfte des Arrestanten und mache ihn nach der Entlassung aus dem Gefängnisse zu jeder weiteren Arbeit unfähig; andererseits habe die Erfahrung auch gelehrt, daß das lange Sitzen in den Gefängnissen den guten Einfluß, den die ersten Jahre der Haft auf den Sträfling ausgeübt haben, völlig aufhebt.

Ganz besonders lang erscheint aber die fünfzehnjährige Dauer in den Gesetzbüchern, in welchen auf die Verbüßung der Zuchthausstrafe „die Ansiedelung an einem eigens dazu bestimmten Orte" folgt. Diese „Ansiedelung" verhundertfacht die Schwere der Hauptstrafe; einen Menschen auf viele Jahre — vielleicht für immer — der Hoffnung zu berauben, Heimat und Angehörige wiederzusehen, ist härter als die Anwendung der schwersten Strafen während kürzerer Zeitdauer. Aus allen diesen Erwägungen ist es statthaft anzunehmen, daß eine zehnjährige Dauer der Katorga bei nachfolgender Zwangsansiedelung nicht unter zehn Jahren (§ 23) mehr als ausreichend wäre.

Die Frage nach der Lokalisierung der Zuchthäuser hat das neue russische Strafgesetzbuch offen gelassen; die Kommission motivierte das dadurch, daß „der Ort, an dem die Zuchthäuser erbaut werden, mit der Definition des Wesens und der Schwere der Strafe nichts zu schaffen habe und gänzlich in das Gebiet der Strafvollstreckung gehöre" (Erklärungen, S. 61, 62). In Anbetracht des unmittelbaren Zusammenhangs, den das neue russische Strafgesetzbuch zwischen Katorga und Ansiedelung hergestellt hat, ist es jedoch zweifellos, daß die Zwangsarbeiten vorwiegend in Sibirien organisiert werden.

Die Verbannung zerfiel vor dem Gesetze von 1900 in Verbannung nach Sibirien und Verbannung nach den hinterkaukasischen Gegenden (§ 17 des geltenden russischen Strafgesetzbuches, Ausg. 1885). Die Verbannung nach Sibirien zerfiel wiederum nach § 20 (vor demselben Gesetz von 1900) in zwei Grade, 1) in die entlegensten, 2) in weniger entlegene Gegenden Sibiriens. Schon

1835 war die Frage der Abschaffung der Verbannung von Kaiser Nikolaus I aufgeworfen worden. Es wurde der Vorschlag gemacht, die Verbannung nur als Nebenstrafe für Zuchtshausträflinge beizubehalten. Und nur das energische Drängen des einflußreichsten Menschen auf dem Gebiet der ganzen Geschichte der russischen Gesetzgebung — Speranskys — machte auf den Reichsrat Eindruck; die Verbannung wurde in der Strafenleiter beibehalten. Später fand sie in dem verstorbenen Kistjakowsky und in Taganzew leidenschaftliche Verteidiger. Diese Begeisterung für die Bedeutung der Verbannung für die Kolonisation war in Rußland das Echo der Stimmung im Westen: dem Beispiel Englands und Frankreichs, d. h. der Länder, in denen die Verbannung am meisten gepflegt wurde, wollte man sogar in Deutschland folgen. Im Jahre 1859 erfolgte die vortreffliche, umfassende Untersuchung des berühmten deutschen Rechtsforschers Holtzendorff über die Verbannung, unter dem Titel „die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrecherkolonien der Engländer und Franzosen in ihrer geschichtlichen Entwicklung und kriminalpolitischen Bedeutung." In diesem kapitalen Werke spricht sich Holtzendorff für die Verbannung aus, wobei er als Muster einer solchen die englische Deportation hinstellt. Über die Resultate der französischen Verbannung äußert es sich dagegen abfällig. Die weitere Geschichte der Verbannung hat jedoch die rosigen Hoffnungen, die auf sie gesetzt wurden, nicht erfüllt. Ohne uns auf eine ausführliche Erörterung aller für und wider die Verbannung angeführten Gründe einzulassen, wollen wir lediglich auf die unleugbare Tatsache des allmählichen Verschwindens der Verbannung hinweisen. In England ist die Verbannung schon 1868 aufgehoben worden. In Deutschland fand sie trotz der nach Eroberung der afrikanischen Kolonieen für sie betriebenen Agitation keinen Eingang. Auch in das holländische Gesetzbuch von 1881 wurde sie nicht aufgenommen, obwohl Holland bis dahin zu den Ländern gehört hatte, in denen sie sich besonderer Sympathieen erfreute. Aus dem französischen Entwurfe von 1881 ist die Verbannung ebenfalls beseitigt.

Von dem allmählichen Verschwinden der Verbannung zeugt auch das russische Gesetz vom Juni 1900, nach dem die Verbannung nach Sibirien und den hinterkaukasischen Gegenden zur Ansiedelung und ebenfalls die Verbannung nach Sibirien und anderen entlegenen Gouvernements zum Aufenthalte „nur mit Beibehaltung

der Verbannung zur Ansiedelung an dazu eigens bestimmten Orten für vom Gesetze speziell vorgesehene Verbrechen" abgeschafft wird.

Das neue russische Strafgesetzbuch nahm in Bezug auf die Verbannung das vom Gesetz von 1900 aufgestellte Prinzip gänzlich an. Die Verbannung zur Ansiedelung figuriert in dem neuen St.G.B. 1) als Folge der Katorga, 2) als Strafe für spezielle Gruppe von verbrecherischen Handlungen, hauptsächlich für politische und für Verbrechen gegen die Religion.

„Die Verbannung zur Ansiedelung wird lebenslänglich bestimmt" (§ 17, neues russisches St.G.B.) § 23 schränkt aber diese Bestimmung ein: „Die nach Verbüßung der Katorga zur Ansiedelung Verschickten sowie die zur Ansiedelung Verbannten können nach Ablauf von zehn Jahren im Falle guter Führung von der Verbannung befreit werden."

Die Verbannungsorte sind nicht fest bestimmt. „Die Verurteilten werden nach eigens dazu vorgesehenen Orten verbannt, welche alle drei Jahre auf den Antrag des Justizministers und des Ministers des Innern in der Gesetzordnung zu bestimmen sind." (§ 17, 2. T.)[15])

Oben wurde schon erwähnt, daß das Gesetz von 1900 die Verbannung zum Aufenthalte — eine Strafe die das russische Gesetzbuch von 1845 speziell für privilegierte, d. h. von Körperstrafen befreite Personen, geschaffen hatte, vollständig beseitigte. Auf diese Weise unterliegen seit 1900 alle russischen Bürger gleichermaßen „der zeitigen Einlieferung in korrektionelle Gefängnisabteilungen mit Verlust aller persönlich und durch den Stand oder Beruf erworbenen besonderen Rechte und Privilegien" sowie „der Gefängnishaft mit Verlust aller persönlich und durch den Stand oder Beruf erworbenen Rechte und Privilegien."

Das neue russische Strafgesetzbuch beseitigt die korrektionellen Gefängnisabteilungen; die Ersatzstrafe bildet nach dem neuen Gesetzbuche die Besserungsanstalt. Die Haft in der Besserungsanstalt wird auch auf die Dauer von einem Jahre und fünf Monaten bis zu sechs Jahren bestimmt (§ 18). Die Verurteilten werden anfangs von drei bis zu sechs Monaten in Einzelhaft gehalten und

[15]) Dieser Satz ist ebenfalls ganz und gar aus dem Gesetz von 1900 rezipiert.

dann in Gemeinschaftshaft versetzt (ibid.). Die Verurteilten beschäftigen sich obligatorisch mit den in der Besserungsanstalt eingeführten Arbeiten in den Räumen derselben, und Personen männlichen Geschlechts können auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt verwendet werden (ibid.).

Die Festungshaft — custodia honesta — wird gewöhnlich für politische Vergehen, für Zweikampf, für Preßvergehen usw. bestimmt. In Rußland tritt sie zum ersten Mal im geltenden Strafgesetzbuch von 1848 auf. Das neue russische Strafgesetzbuch führt sie ebenfalls in das Strafensystem ein. § 19 lautet: „Festungshaft wird auf die Dauer von zwei Wochen bis zu sechs Jahren bestimmt. Die Verurteilten befinden sich in Gemeinschaftshaft."

Die Gefängnishaft wird auf die Dauer von zwei Wochen bis zu einem Jahre bestimmt (§ 20). Die Verurteilten werden in Einzelhaft gehalten. Sind im Gefängnisse keine oder doch nicht hinreichende Einzelzellen vorhanden, so werden die Verurteilten mit anderen Gefangenen zusammen gehalten, und in diesem Falle werden vier Tage Gemeinschaftshaft für drei Tage Einzelhaft gerechnet (ibid.). Die Gefangenen beschäftigen sich obligatorisch mit den im Gefängnisse eingeführten Arbeiten (ibid.).

Arrest wird auf die Dauer von einem Tage bis zu sechs Monaten bestimmt. Die Verurteilten werden in den zum Arrest erbauten Räumen in Gemeinschaftshaft gehalten, werden aber auf ihre Bitte beim Vorhandensein freier Zellen in Einzelhaft versetzt. Die zu mehr als sieben Tagen Verurteilten sind verpflichtet, sich von den Beschäftigungen, die im Arresthause zulässig sind, eine beliebige auszuwählen. Die zu einem Arrest von unter sieben Tagen Verurteilten können den Arrest nach entsprechender Bestimmung des Gerichts im eigenen Domizil verbüßen (§ 21).

Die Geldstrafe wird nach Rubeln und halben Rubeln bemessen, mit Ausnahme der Fälle, in denen vom Gesetze eine besondere Berechnungsart vorgesehen ist. Ist das Höchstmaß der Strafe im Gesetze auf 100 Rubel bestimmt, so beträgt das Mindestmaß 10 Rubel. Die Zahlung der Geldstrafe kann vom Gericht gefristet oder in Raten erhoben werden, doch darf die Frist nicht mehr als ein Jahr seit dem Tage des Inkrafttretens des Urteils betragen. Die Geldstrafen, für welche vom Gesetz

keine besondere Bestimmung getroffen ist, werden zur Einrichtung von Gefängnisanstalten verwendet (§ 24).

Vergleicht man die Mannigfaltigkeit der Strafen mit den Strafensystemen neuer Gesetzbücher, so fallen die Schlüsse, die aus solchen Bestimmungen zu ziehen sind, nicht zu Gunsten des neuen russischen Strafgesetzbuches aus. Oben wurde schon darauf hingewiesen, daß die Deportation in keinem der neuen Gesetzbücher Eingang gefunden hat. Das holländische Gesetzbuch von 1881 und der norwegische Entwurf von 1895 kommen ohne Zuchthaus aus. Besserungsanstalt und Gefängnis existieren fast nirgends neben einander. Das deutsche Gesetzbuch von 1872, das holländische von 1881, der französische, norwegische und Schweizer St.E.-Entwurf behalten von den beiden Typen der Freiheitsstrafe nur das Gefängnis bei, das italienische Gesetzbuch von 1889 beschränkt sich ebenfalls auf einen dieser beiden Typen „reclusione" genannt.

Die Redaktionskommission des neuen russischen Strafgesetzbuches bemüht sich in den Erklärungen zum Entwurfe, diese Vielfältigkeit der Strafarten durch den Hinweis auf die Besonderheiten des russischen Strafensystems zu rechtfertigen. Diese Besonderheiten laufen schließlich nur auf die nach dem Gesetze von 1900 bestehende Verbannung zur Ansiedelung als unvermeidliche Begleiterin der Katorga hinaus und bilden lediglich eine Erklärung für die vorwiegende Errichtung von Zuchthäusern an Orten, die zur nachfolgenden Ansiedelung tauglich sind.

Wo sind denn aber die Besonderheiten, denen zufolge die Hauptart der Freiheitsstrafe — das Gefängnis — nach dem neuen russischen Strafgesetzbuche in zwei Sonderarten, d. h. in Gefängnis im engeren Sinne des Worts und in Besserungsanstalt zerfällt? Vielleicht die Erfahrungen der Vergangenheit, in der neben dem Gefängnisse korrektionelle Gefängnisabteilungen existierten? In diesen Erfahrungen steckt doch aber nichts Gutes, das für die Notwendigkeit der Existenz von korrektionellen Gefängnisabteilungen (oder der Besserungsanstalt) sprechen könnte.

Die Redaktionskommission rechtfertigt die Existenz der Besserungsanstalt neben dem Gefängnisse auch noch durch pönitentiäre Erwägungen: während sich für langdauernde Freiheitsstrafe das System der Gemeinschaftshaft am besten eignet, muß die kurzzeitige Freiheitsstrafe nach der Ansicht der Redaktionskommission, in Form von Einzelhaft organisiert werden. „Diese Unterschiede", sagen

die Verfasser des neuen Strafgesetzbuches, „die sich in Art und Charakter der Arbeiten, in allen Bedingungen der Gefängnisordnung ausprägen, lassen die Vereinigung der beiden Strafarten in gemeinschaftlichen Gebäuden, selbst voneinander gesondert, schwerlich zu, machen also erst recht die vollständige Verbindung derselben unmöglich."

Aus den oben angeführten Bestimmungen über Besserungsanstalt und Gefängnis (§ 18 und 20) ist ersichtlich, worin diese Unterschiede bestehen. Erstens ist die Gefängnishaft während der ganzen Dauer isoliert, während die Haft in der Besserungsanstalt nach einem gemischten System eingerichtet ist — die Gefangenen werden anfangs in Einzelhaft (von drei bis zu sechs Monaten) gehalten und dann in Gemeinschaft gelassen. Zweitens können Personen männlichen Geschlechts außer zu den „in den Räumen der Besserungsanstalt eingeführten Arbeiten auch zu Arbeiten außerhalb derselben verwendet werden"; in bezug auf das Gefängnis ist dieser Vorbehalt hinsichtlich der Arbeiten außerhalb des Gefängnisses nicht vorhanden. Und drittens endlich bestimmt § 20 für den Fall unzureichender (oder nicht vorhandener) Einzelzellen im Gefängnisse Gemeinschaftshaft, während § 18 Fälle das Fehlen oder Nichtausreichen von Einzelzellen in Besserungsanstalten in Betracht zu ziehen unterläßt und folglich auch nicht näher bestimmt.

Diese Unterschiede sind also nicht gar so wesentlich. Und was die Hauptsache ist — das System der Einzelhaft existiert lediglich auf dem Papier des neuen russischen Strafgesetzbuches — seine Durchführung im praktischen Leben wird infolge der knappen Mittel und des Fehlens einer breiten Initiative bei der russischen Gefängnisadministration noch recht lange eine vereinzelte Ausnahmeerscheinung sein. Und darum wäre es unvergleichlich zweckmäßiger gewesen, die korrektionellen Gefängnisabteilungen radikal preiszugeben, ohne ein Surrogat derselben in Form der Besserungsanstalt zu schaffen und sich lediglich auf das Gefängnis zu beschränken. Die große Amplitude der Schwankungen zwischen der Minimal- und Maximaldauer der Gefängnishaft (wenn auch nur von zwei Wochen bis zu sechs Jahren) hätte es möglich gemacht, die Schwere der Repression den Variationen der verbrecherischen Handlungen gemäß vollauf zu individualisieren. Und was die pönitentiären Versuche anbelangt, so können dieselben an den verschiedenen Ka-

tegorieen der Gefangenen unvergleichlich leichter und erfolgreicher unter einem Dache und unter der Beobachtung desselben Personals angestellt werden — nur unter diesen Voraussetzungen ist eine Basis für anschauliche Vergleichung der Bedingungen und Resultate der langdauernden und kurzzeitigen Haft vorhanden. Hierbei muß nochmals gesagt werden, daß diese Versuche in den russischen Gefängnissen nur vereinzelt, ausnahmsweise angestellt werden; der Glaube an die Zweckmäßigkeit der Einzelhaft, der schon lange ins Wanken geraten ist, kann bis dahin, da die Einzelhaft im russischen Strafensystem mehr oder minder ausgedehnte Anwendung finden wird, vollständig verschwunden sein. Ganz besonders erschüttert wurde der Glaube an die Tauglichkeit langdauernder Einzelhaft. Wer nur ein einziges Mal „La petite Roquette“ in Paris besichtigt hat, wird die abgezehrten, stumpfen Gesichter der Insassen der Einzelzellen dieses Gefängnisses für Minderjährige fürs ganze Leben im Gedächtnis behalten. Und wie auffallend ist der Kontrast, wenn man nach diesen Bewohnern der „Petite Roquette“ die minderjährige Bevölkerung der unweit von Paris gelegenen und ein wahres Ideal einer Pönitentiaranstalt bildenden landwirtschaftlichen Besserungskolonie „Douaires“ sieht! Fröhlich, vollständig gesund, normal, umgänglich, wie sie sind, fast den ganzen Tag in Feldarbeit verbringend, geben sie Hoffnung, nach Entlassung aus der Kolonie ein gesundes und normales Element abzugeben.

Schwer ist es, dieselbe wohltätige Einwirkung der landwirtschaftlichen Kolonieen auf erwachsene „Insassen“ zu erhoffen. Dafür ist aber der zersetzende und zerstörende Einfluß langdauernder Einzelhaft auf Erwachsene nicht zu bezweifeln — es genügt, auf das Beispiel des französischen Gefängnisses „Frèsnes“ hinzuweisen. Dieses Gefängnis ist die höchste Stufe des Komforts. Gesunde, malerische Lage (das Gefängnis steht in einem an einen Hain stoßenden Park), hohe und geräumige Zellen, Wasserleitung in jeder Zelle, musterhafte Ventilation, eine Menge Licht, elektrische Beleuchtung, vortreffliches Lager, frische Nahrung, rationell organisierte Arbeit und . . . . eine Menge Selbstmorde und Geistesstörungen! Wir meinen daher, daß eine Einzelhaft von einem Jahre — und manchmal auch von zwei Jahren — zu lang ist; mehr als genug erscheint für das Gefängnis eine Dauer von 3 bis zu 6 Monaten, die § 18 für die Gefangenen der Besserungsanstalt bestimmt, wenn

hervor, wie z. B. den Verlust des Rechts, in Heer und Flotte zu dienen, Vormund, Wähler zu sein usw. (§ 30 und 31).

Von andern Arten der Nebenstrafen blieb das neue russische Strafgesetzbuch bei der Beschränkung der Wahl des Wohnorts (§ 34 und 35), bei der Einziehung des Vermögens und bei einigen Maßregeln im Interesse der baulichen Sicherheit (§ 36, 37 und 38). Zu den Nebenstrafen gehören auch die Bestimmungen des § 33. In diesem Paragraphen sind die Anwendungsregeln und Arten derjenigen Nebenstrafen aufgezählt[18]), welche nur in speziell von Bestimmungen eines besondern Teiles vorgesehenen Fällen statt haben.

Um mit der Aufzählung der Nebenstrafen abzuschließen, muß noch § 33 erwähnt werden. Dieser Paragraph lautet: „Der zu Gefängnishaft Verurteilte kann, wenn er vom Gericht für schuldig erklärt wird, die verbrecherische Handlung aus Hang zum Schmarotzen oder Müßigang verübt zu haben, nach Bestimmung des Gerichts unmittelbar nach Verbüßung der Gefängnishaft auf die Dauer von 6 Monaten bis zu 2 Jahren in einem Arbeitshause untergebracht werden." Solange es aber in Rußland keine Arbeitshäuser dieses speziellen Typus gibt, wird dieser den westeuropäischen Gesetzbüchern entlehnte neue Satz nur ein toter Buchstabe des Gesetzes bleiben.

Es erübrigt noch, die Sätze des neuen russischen Strafgesetzbuches „über die die Verantwortlichkeit erhöhenden Umstände" und über „Strafmilderung und Strafumwandlung" einer Durchsicht zu unterziehen. Diesen Fragen wird das folgende Kapitel gewidmet sein, mit dem wir unsere Betrachtung des neuen russischen Strafgesetzbuchs abschließen.

IV.

Die weiten Rahmen für die Wahl der Strafmaßregeln ermöglichen es dem Richter, die Anwendung der Repression den Besonderheiten gemäß, welche sich in jeder Rechtsverletzung ausdrücken, zu individualisieren. Die Aufzählung dieser Besonderheiten im Gesetze erscheint bei der Vorherrschaft einer absolut bestimmten Sanktion in den Strafgesetzbüchern notwendig. Ist es denn aber

[18]) Diese Arten sind folgende: Beschränkung in Beschäftigungen mit Handel, Gewerbe und andrer Tätigkeit, Geldbuße, Publikation des Urteils, das Verbot, nach Entfernung vom Amte eine gleiche und höhere Stellung zu bekleiden.

möglich, die ganze Menge und Mannigfaltigkeit der Nüancen, welche in ihrer Gesamtheit jedem Einzelfall die betreffende Färbung geben, vorauszusehen und systematisch zu gruppieren? Einen Gesetzgeber, der dieses Werk vollbringen könnte, gab es nicht, gibt es nicht und wird es auch nie geben.

Die Aufzählung aller dieser Varietäten und Nüancen ist nicht nur unmöglich — sie ist auch nicht einmal wünschenswert: die Verwandlung des Richters in eine Marionette ist die direkte Folge eines solchen Aufzählungssystems.

Dessenungeachtet setzen selbst neuere Gesetzbücher manche Umstände, welche die Verantwortlichkeit erhöhen oder vermindern, außerhalb der Grenzen des normal bestimmten Höchst- oder Mindestmaßes. Der moderne Gesetzgeber verweilt nur bei denjenigen von diesen Umständen, welche den allgemeinen Zug einer gewissen Menge von Rechtsverletzungen bilden. Anderseits müssen diese Umstände in den Augen des Gesetzgebers schon eine sehr beträchtliche Abweichung von dem normalen Typus der Rechtsverletzungen darstellen. Eine allgemeine Erweiterung der normalen Strafrahmen aus Anlaß dieser Fälle könnte die relativ bestimmte Sanktion der unbestimmten näher bringen. Anderseits ist eine zu große, uneingeschränkte Willkür der Richter ebensowenig wünschenswert und ein ebenso gefährliches Extrem wie die absolut bestimmten Gesetze.

Die Absonderung der das Maß der Verantwortlichkeit erhöhenden und vermindernden Umstände jenseits der normalen Grenzen ist daher der Erweiterung der Strafgrenzen selbst vorzuziehen.

Die Verantwortlichkeit erhöhende Umstände gibt es in den neuen Gesetzbüchern recht wenig[19]). Im geltenden russischen Strafgesetzbuche „wird die Schuld des Urhebers eines Verbrechens und damit auch das Strafmaß für dasselbe" in zehn Fällen verschärft, die gleich hinterher aufgeführt werden. Diese zehn Fälle bieten eine große Mannigfaltigkeit, sind eher Beispiele und haben keine erschöpfende Bedeutung. Das Vorhandensein eines derselben gibt jedoch für sich allein nicht das Recht, die Strafe um „einen oder mehrere Grade" zu erhöhen; zu einer solchen Erhöhung ist noch

[19]) Liszt bemerkt in seinem Lehrbuch (Ausg. X S. 257) in bezug hierauf sehr richtig folgendes: „Die Weite der von den der Gesetzgebung verwendeten regelmäßigen Strafrahmen gestattet es, die Aufstellung von besondern, erhöhten Strafrahmen auf ein verhältnismäßig kleines Gebiet zu beschränken."

die spezielle Erwähnung davon in den „besondern Bestimmungen über jedes Verbrechen" erforderlich (§ 130). Ferner weist § 131 speziell auf den Rückfall hin, welcher als ein „die Schuld und die Strafe schärfender Umstand" betrachtet wird, wobei „die Strafe in speziell vom Gesetze vorgesehenen Fällen nicht nur im Maße, sondern auch im Grade oder in der Art erhöht wird". Die Regeln über den Einfluß der Konkurrenz der Verbrechen auf die Strafe sind in § 152 (Zusatz vom Jahre 1896) sowie in § 133 (Zusatz von 1895) dargelegt.

Das neue russische Strafgesetzbuch hat dieses System sehr vereinfacht. Im siebenten Abschnitte des ersten Kapitels sind als „die Verantwortlichkeit erhöhende Umstände" nur Konkurrenz, Rückfall und Mißbrauch des Amts oder der Amtsstellung erwähnt.

Die Konkurrenz wird als Begehung einer oder mehrerer neuer verbrecherischer Handlungen „vor der Verkündung des Urteils, der Resolution oder Entscheidung über die Schuld" in betreff der vorhergegangenen verbrecherischen Handlung definiert. Diese Definition ergibt sich aus dem Texte des § 60 des neuen russischen Strafgesetzbuchs.

Die Frage des Einflusses der Konkurrenz auf die Strafe hat eine Reihe Theorieen zutage gefördert und ist in den Gesetzbüchern sehr verschieden gelöst. Es existieren zwei auf völlig entgegengesetzten Prinzipien basierende extreme Systeme: das System der Kumulation und das System der Absorption.

Das erstere besteht in der einfachen Kumulation aller Strafen, die für die verübten Handlungen vom Gesetzbuche bestimmt sind. In der Praxis ist dieses System nicht konsequent durchführbar: wie soll wohl Todesstrafe mit Gefängnis oder dauernde Katorga mit zeitiger Besserungsanstalt zusammengezogen werden? Aber auch in den Fällen, wo die Kumulation möglich ist — z. B. zeitiges Gefängnis zu zeitigem Gefängnis, Geldstrafe zu Geldstrafe usw. — führt sie zur äußersten Grausamkeit. Und dann ist diese Grausamkeit auch durch nichts zu rechtfertigen — wenn von den verschiedenen Verbrechen auch viele verschiedene Personen betroffen sind, so wird doch jeder seinen Rachedurst in der Strafe stillen können, die das Gesetz dem Urheber seines Verlustes für die schwerste der begangenen Handlungen auferlegt. Diese Grausamkeit ist auch vom Standpunkte der Pönitentiarpolitik des Staates nicht nötig, da noch durch niemand und nichts bewiesen worden ist,

daß die lange Dauer der Strafe irgend welche wohltätiger Resultate im Sinne der Besserung des Verbrechers zutage förderte.

Fast sämtliche modernen Gesetzbücher haben aus diesen Erwägungen heraus auf das Kumulationssystem verzichtet. Eine Ausnahme bildet die englische Gesetzgebung, welche dieses System beibehalten hat.

Das andre Extrem bildet das Absorptionssystem, nach dem die Strafe nur für die schwerste der verübten verbrecherischen Handlungen bestimmt wird. Das Absorptionsprinzip harmoniert allerdings ganz und gar mit den Gefühlen und Begriffen des Volkes, ist ein humanes. Es erweist sich außerdem in prozessualer Hinsicht als vorteilhaft, da es die Arbeit der Richter erleichtert. Aber es birgt auch eine gewisse Gefahr in sich: den Urhebern verbrecherischer Handlungen schwerer Kategorieen läßt es sozusagen „carte blanche“ auf Begehung ebenso oder minder schwerer verbrecherischer Handlungen. Diese Gefahr erklärt auch den Umstand, daß das Absorptionsprinzip in keinem der modernen Gesetzbücher ein festes Heim gefunden hat. Allerdings reproduziert der zweite Teil des § 365 der französischen Strafprozeßordnung dieses Prinzip in reiner Form[20]). Aber die Kassationspraxis und die Mehrzahl der französischen Theoretiker legen diesem Paragraphen eine einschränkende Deutung bei und dehnen ihn weder auf Polizeiübertretungen (contraventions), noch auf eine Reihe von Handlungen fiskalischen Charakters aus. Alle übrigen Gesetzbücher halten sich an die sogenannten gemischten Systeme. Letztere stellen sich in zwei Formen dar: 1. Nimmt der Gesetzgeber als Grundlage das Kumulationssystem an und schränkt die Strenge desselben durch die Forderung unbedingter Milderung der Gesamtstrafe ein, 2. nimmt der Gesetzgeber als Grundlage das Absorptionssystem an und bestimmt einen gewissen Zuschlag zur schwersten Strafe.

Das Absorptionssystem mit einem Korrektiv in Form eines unbedeutenden Zuschlages zur schwersten Strafe erscheint denn auch als die zutreffendste Lösung der Frage. In dieses System hält sich auch das neue russische Strafgesetzbuch. „Das Gericht kann die von ihm festgesetzte schwerste Strafe bis zu dem im Gesetze für diese Handlung bestimmten Höchstmaße schärfen, ohne jedoch

[20]) Code d'Instruction Criminelle, 2. Teil § 365: En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits la peine la plus forte sera seule prononcée.

den Betrag aller dem Täter zuerteilten Strafen zu überschreiten" lautet unter anderem § 60. Später wird aber in Bezug auf das Zusammentreffen von Katorga oder Besserungsanstalt einerseits und Geldstrafe, Arrest oder Festungshaft bis zu einem Jahre andrerseits ein Vorbehalt gemacht; in diesen Fällen findet das Asperationssystem ohne jeden Zuschlag Anwendung. §§ 61, 62 und 63 ergänzen diese Bestimmungen durch eine Reihe von Einzelheiten.

§ 64 sieht speziell die Fälle vor, in denen „vor Verkündung des Urteils, der Resolution oder Entscheidung der Schuldfrage zwei oder mehr identische oder gleichartige verbrecherische Handlungen aus Gewohnheit zu verbrecherischer Tätigkeit oder infolge gewerbsmäßigen Betreibens einer solchen Tätigkeit verübt sind", und zwar steht dem Gerichte in diesen Fällen das Recht zu, die schwerste der Strafen über die in § 60 angegebene Erhöhung hinaus zu schärfen.

Handlungen, die vor Verbüßung der Strafe, d. h. nach erfolgter Verurteilung oder während der Verbüßung der Strafe begangen sind, unterliegen nicht mehr den Regeln über das Zusammentreffen verbrecherischer Handlungen und rufen, wie das auch § 66 im Prinzip feststellt, eine Verantwortlichkeit „nach allgemeinem Grundsatz" hervor. Aber bei der Kumulation einer schon verbüßten und von neuem bestimmten Strafe können in der Praxis Schwierigkeiten vorkommen, die oben angedeutet wurden, als von dem Kumulationssystem die Rede war. Lebenslängliche Katorga plus lebenslängliche Katorga — ist ein Beispiel, in dem das Kumulationssystem Absorptionssystem wird. Der einzige Ausgang ist die Verlängerung der Frist für die Überführung zur Ansiedelung. Das angeführte Beispiel sowie eine Reihe anderer ähnlicher Fälle ist auch in § 66 vorgesehen.

Ein zweiter, nach dem neuen russischen Strafgesetzbuche die Verantwortlichkeit erhöhender Umstand ist der Rückfall. Der allgemeine Begriff des Rückfalls umfaßt alle Fälle verbrecherischer Handlungen, die nach Verbüßung der Strafen verübt sind. Eine besondere Art des Rückfalls ist die Begehung einer solchen Handlung nach Verbüßung der Strafe, welche mit der früheren, schon bestraften Handlung völlig identisch oder ihr gleichartig ist.

Die erhöhte Strafbarkeit des Rückfalls — oder Recidivs — findet sich schon bei den alten. So wurde z. B. nach Herodot bei der Festsetzung der Strafe mit der Vergangenheit des Schul-

digen gerechnet. Aristoteles war der Ansicht, daß der Rückfall Strafschärfung verdiene.[21]) Die römischen Gesetze klassifizierten nach der Behauptung Tissots und vieler anderer Geschichtsforscher und Theoretiker des Strafrechts ebenfalls die Strafbarkeit des Recidivs. Eine entgegengesetzte Ansicht vertritt allerdings Binding:[22]) der hervorragende deutsche Gelehrte behauptet, daß die meisten Zitate, die aus den Quellen gewöhnlich angeführt werden, nicht auf den Rückfall, sondern auf die Konkurrenz Bezug haben.

Bestimmungen über den Rückfall als einen die Verantwortlichkeit erhöhenden Umstand finden sich auch in den Kodexen und gesetzgebenden Denkmälern des Mittelalters. So in den französischen königlichen Ordonnanzen, den leges barbarorum, Rechtsbüchern. Alle diese Denkmäler erwähnen nur eine spezielle Art von Rückfall und zwar findet sich am häufigsten eine Straferhöhung bei Diebstahl im Rückfall.

Allerdings gibt es aber auch Länder, in denen Bestimmungen über den Rückfall verhältnismäßig recht spät erscheinen. So rechnete z. B. die dänische Gesetzgebung bis zum XIII. Jahrhundert nicht mit dem Rückfall. Ebenso wird der Rückfall in Rußland als strafschärfender Umstand zum ersten Mal in der „Ustawnaja dwinskaja Gramota“ (1398) erwähnt.

Die Anhänger der erhöhten Strafbarkeit des Rückfalls berufen sich mit Vorliebe auf die §§ 161—163 der Karolina als auf einen der Beweise, daß der Rückfall eine ehrenwerte historische Vergangenheit hat. Aber auch hier begegnete die „communis opinio doctorum“ einem heftigen Widerspruche seitens Bindings, der sich gegen die Auffassung wendet, daß die §§ 161—163 auf den Rückfall Bezug hätten.

Wie die Geschichte des Rückfalls auch gewesen sein mag, Tatsache ist, daß alle modernen Gesetzgebungen ihm die Bedeutung eines die Verantwortlichkeit erhöhenden Umstandes beilegen. Um für diese Einmütigkeit eine Erklärung zu finden, muß man die Wissenschaft des Strafrechts befragen. Alsdann wird es klar, daß die Ereiferung für den Rückfall als straferhöhenden Umstand hauptsächlich als ein Widerhall der allgemeinen Ereiferung für die Abschreckungstheorien aufzufassen ist. Feuerbach und Beyer sind

[21]) Tissot, Le droit pénal etc. T. I 137—168.
[22]) Grundriß des Strafrechts § 103, S. 207.

die eifrigsten Anhänger einer beträchtlichen Straferhöhung für Rückfällige: sobald die ursprüngliche Strafdrohung und auch die Strafanwendung sich für das gegebene Individuum nicht als genügendes Gegengewicht erwiesen hat, so ist für einen so unverbesserlichen Widerspenstigen, den Vertretern der Abschreckungstheorie zufolge, die Androhung einer härteren Strafe notwendig. Die Vertreter der Besserungstheorieen meinten ebenfalls auf die Rückfälligen durch härtere Maßregeln einzuwirken, sobald die ursprünglichen Maßnahmen zu keinem Resultate geführt hatten.

Die modernen Positivisten haben die Ereiferung für den Rückfall, die eine Zeit lang eingeschlafen war, zu neuem Leben erweckt. Allerdings verlegten sie den Schwerpunkt von der allgemeinen Frage über den Rückfall auf den von dem wiederholt dieselbe Norm verletzt habenden Individuum geäußerten gewohnheitsmäßigen Hang zu der gegebenen Art der verbrecherischen Handlungen. Die Gemäßigteren unter ihnen schreiben freilich dieser speziellen Art des Rückfalls die Bedeutung eines Umstandes bei, der nur fakultativ auf das Strafmaß Einfluß haben könne. Aber es gibt unter ihnen auch extreme Vertreter, wie z. B. Leveillé, der es für zweckmäßig hält, die künftigen Strafgesetzbücher in zwei Teile zu teilen; der eine dieser Teile soll speziell den verbrecherischen Handlungen, die zum ersten Mal verübt sind, der zweite den Rückfälligen gewidmet werden.

Während des ganzen Zeitraums der letzten beiden Jahrhunderte wechseln also die Theorieen, aber jede derselben sucht eine vernünftige Rechtfertigung für die erhöhte Strafbarkeit des Rückfalls. Das spricht jedenfalls für die gegenwärtige Lebensfähigkeit dieses Instituts. Wir meinen, daß die richtige Erklärung dieser Lebensfähigkeit nicht so sehr in Vernunfts- als in Gefühlsmomenten gesucht werden muß: die Mißachtung des Gesetzes (persistance à refreindre la loi pénale), die Ortolan[23]) und eine Reihe anderer Kriminalisten als einen der „Vernunftsgründe" für die erhöhte Strafbarkeit des Rückfalls hervorheben, ruft unserer festen Überzeugung nach ganz einfach bei der Staatsgewalt und ihren Vertretern, den Gesetzgebern, heftige Erregung hervor. Die Milderung der Sitten hat denn auch ein Sinken der harten Repression in Bezug auf den Rückfall bewirkt; die Anheimstellung

[23]) Eléments, B. 1, S. 565.

der Anwendung dieser Repression kennzeichnet den Fortschritt der Gesetzgebung noch mehr. Wie oben schon erwähnt wurde, ist die Existenz eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Härte der Repression einerseits und der abschreckenden oder bessernden Wirkung dieser Härte andererseits durch nichts bewiesen. Und darum bildet die längere Dauer der Strafe keinen Rettungsanker. Lebenslängliche Strafen, Isolierung der Gesellschaft von den Rückfälligen für immer ist — wie wir in unserer Einleitung ausführlich entwickelten — für eine ganze Reihe von Rechtsverletzungen eine Utopie. Dagegen bewahrt der von den wenigen Gegnern der spezifischen Strafbarkeit des Rückfalls betonte alte Grundsatz „non bis in idem" auch jetzt noch die Bedeutung eines gerechten, humanen Prinzips.

Das geltende russische Strafgesetzbuch hat eine spezielle Art des Rückfalls nicht abgegrenzt und der Begehung jedes neuen Verbrechens „nach Gericht und Bestrafung", auch wenn die neue und die alte Handlung ungleichartig waren, die Bedeutung eines straferhöhenden Umstandes beigelegt. Das Gesetz vom 3. Februar 1892 beschränkte aber diesen weiten Begriff des erhöht strafbaren Rückfalls nur auf eine bestimmte Art desselben, d. h. auf identische oder gleichartige Handlungen. Dieses Prinzip ist auch dem § 67 des neuen russischen Strafgesetzbuches zu Grunde gelegt worden. Diesem Paragraphen gemäß „unterliegt der Urheber einer verbrecherischen Handlung nach Verbüßung der Strafe der Verantwortlichkeit nach allgemeinem Grundsatze". Und nur wenn „die von dem Angeschuldigten begangene Handlung mit der früheren identisch oder ihr gleichartig ist, wird die von neuem zu erteilende Strafe, mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz für den Rückfall der betreffenden verbrecherischen Handlungen spezielle Strafen bestimmt, nach den in § 64 aufgestellten Grundsätzen erhöht, „wenn bis zur Begehung der neuen, identischen oder gleichartigen verbrecherischen Handlung seit der Verbüßung der Strafe für ein früheres „schweres Verbrechen" nicht über 5 Jahre, für ein „Verbrechen" nicht über 3 Jahre und für ein „Vergehen" nicht über 1 Jahr verflossen ist".

Der dritte und letzte nach dem neuen russischen Strafgesetzbuche die Verantwortlichkeit erhöhende Umstand ist die Begehung einer allgemeinen verbrecherischen Handlung durch Beamte. Eine solche erhöhte Verantwortlichkeit der Beamten findet dann statt,

wenn die verbrecherische Handlung: „entweder mit Verletzung des Dienstverhältnisses, oder mittels Mißbrauches des Amtes oder der Vollmacht, oder mittels Drohung, Chikanierung oder eines andern Mißbrauches der Macht, oder mit Verletzung der Dienstpflicht in Bezug auf Privatpersonen begangen ist, wenn für derartige Vergehungen, Mißbrauch oder Drohung, im Gesetze nicht spezielle Strafen bestimmt sind."

Indem wir zur Betrachtung der die Verantwortlichkeit verringernden Umstände übergehen, müssen wir zunächst das verschiedenartige Verhalten der Gesetzgebung der Zeit Feuerbachs und der späteren Gesetzgebung gegenüber diesen Umständen markieren. Das Feuerbachsche Aufzählungssystem, das unter anderem auch dem geltenden russischen Strafgesetzbuche zu Grunde liegt, wurde durch das sogenannte „système des circonstances atténuantes" ersetzt. Letzteres besteht in der Abschaffung aller Aufzählungen und in dem Umstande, daß die Frage über das Vorhandensein oder Fehlen von die Verantwortlichkeit verringernden Umständen der inneren Überzeugung und Auffassung der Richter überlassen wird.

§ 134 des geltenden russischen Strafgesetzbuches besteht aus neun Punkten, in denen die „die Schuld und Verantwortlichkeit verringernden Umstände" aufgezählt sind. § 153 gibt in drei Punkten eine Aufzählung der Fälle, in denen „die Strafe ermäßigt werden kann". Aber schon mit dem Erscheinen der „Gerichtsstatuten" wurde neben dieser Aufzählungsklassifikation „das System der mildernden Umstände" (§ 774 und 828 der Strafprozeßordnung) eingeführt.

Das neue russische Strafgesetzbuch vereinfacht dieses komplizierte System, das schon so manche Kontroverse hervorgerufen hat, durch die genaue Abgrenzung zweier Gruppen von Umständen, welche auf die Verringerung der Verantwortlichkeit von Einfluß sein können: einer Gruppe im Gesetze genau bestimmter und einer Gruppe nicht bestimmter Umstände. Erstere Gruppe von Umständen bildet der Versuch (2. Teil § 49), die („nicht wesentlich gewesene") Beihilfe (2. Teil § 51), die Verbüßung eines Teils der Strafe nach den Gesetzen des Orts der Verübung „im Vergleich zu der in diesem Gesetzbuch bestimmten Strafe" (2. Teil § 10) und endlich die geringere Strafbarkeit der Handlung nach den Gesetzen der Zeit ihrer Begehung (2. Teil § 14). Beim Vorhandensein dieser

Umstände wird die Strafe nach den in § 53 aufgestellten Grundsätzen ermäßigt. Diese Grundsätze sind folgende: „1. es darf kein höheres Strafmaß bestimmt werden, als für die verbrecherische Handlung im Gesetze festgesetzt ist; 2. bei Bestimmung der niedrigsten Strafgrenze im Gesetze für die verbrecherische Handlung wird es dem Richter überlassen, die Strafe bis zu dem niedrigsten gesetzlichen Maße dieser Strafart zu ermäßigen und 3. beim Fehlen einer besondern Bestimmung über das niedrigste Strafmaß für die verbrecherische Handlung kann das Gericht diese Strafe bis zum niedrigsten Maß dieser Strafart ermäßigen oder mit Ausnahme der unten angegebenen Fälle zu einer andern Strafe in folgender Reihenfolge übergehen . . . . .“ (darauf werden die Regeln des Übergehens von einer Strafe zur andern behandelt). Aber die gleiche Milderung ruft die Annahme aller andern mildernden Umstände seitens der Geschworenen oder der Richter hervor. Der Unterschied zwischen Sachen, die von Geschworenen und ohne diese entschieden werden, besteht einzig darin, daß in den Fällen, in denen die Annahme mildernder Umstände vom Berufungsrichter abhängt, letzterer verpflichtet ist, im Urteil die Gründe auseinanderzusetzen, die im betreffenden Falle eine Milderung herbeiführten.

§ 54 erteilt dem Richter das Recht der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe, „wenn der Schuldige zur Haft in Besserungsanstalt, Festung, Gefängnis oder zu Arrest verurteilt ist“.

Ferner enthalten § 55, 56 und 57 ausführliche Regeln über die Änderung der normal festgesetzten Strafe in mildere für Minderjährige, § 58 über die Änderung der Todesstrafe und der Katorga in Verbannung zur Ansiedelung für Männer und Frauen, die das siebenzigste Lebensjahr erreicht haben und über die Änderung der Todesstrafe in lebenslängliche Katorga für Frauen, die das siebenzigste Lebensjahr noch nicht erreicht haben.

§ 59 spricht endlich von den Bedingungen, unter welchen die Geldstrafe in Arrest[24]) umgewandelt wird und von dem Maßstab dieser Umrechnung[25]). Mit diesem Paragraphen schließt auch der Abschnitt „Über Strafmilderung und Strafumwandlung“.

---

[24]) Geldstrafe wird in zeitigen Arrest umgewandelt, wenn sie „nach Ablauf eines Monats seit dem Inkrafttreten des Urteils und bei Stundung oder Abzahlung zum fälligen Termin nicht bezahlt ist und in vorgeschriebener Form festgestellt ist, daß der Verurteilte keine Mittel zur Zahlung der Strafe besitzt.

[25]) Geldstrafe bis zu 25 Rubeln wird in Arrest bis zu einer Woche, von

In diesem Kapitel sind bisher nur die Strafänderungen betrachtet worden, die im Urteil besiegelt werden und der ausschließlichen Kompetenz des Richters angehören. Aber die Theorie hat eine Reihe Strafänderungen während der Vollstreckung der Strafe aufgestellt. Dazu gehört die vorzeitige Befreiung von der Strafe im Falle einer guten Führung, sowie die Strafverlängerung. Dazu gehören auch die von den Amerikanern, und unter den europäischen Gelehrten von Kraepelin, van Hamel, Garofalo und einigen andern Kriminalisten verteidigten unbestimmten Verurteilungen. Das Wesen dieser „unbestimmten Strafurteile" besteht darin, daß das Gericht nur erklärt, daß der Angeschuldigte der Strafe unterliegt, Charakter und Dauer der letztern aber durch die Gefängnisadministration oder andre Strafvollstrecker festgesetzt wird. Diese Idee fand jedoch in dem Punkte, der die unbestimmte Verlängerung der Strafdauer betrifft, selbst im Lager der extremen Reformatoren keinen Anklang.

Das neue russische Strafgesetz kennt von allen diesen Formen allein die vorzeitige Befreiung von der Strafe, und ihre Bedingungen sind vom Gesetzgeber ganz bestimmt festgesetzt. Im Falle guter Führung können die auf Lebenszeit zu Katorga Verurteilten nach Ablauf von 15 Jahren und die zu zeitiger Katorga Verurteilten nach Ablauf von zwei Dritteln der ihnen zugemessenen Strafzeit an zu ihrer Ansiedelung bestimmte Orte versetzt werden (§ 23). Die aus der Katorga zur Ansiedelung Beförderten sowie die zur Verbannung zur Ansiedelung Verurteilten können im Falle ihres guten Betragens nach Ablauf von zehn Jahren von der Ansiedelung befreit werden (ibd.). Die zur Haft in der Besserungsanstalt Verurteilten können im Falle ihrer guten Führung nach Ablauf von fünf Sechsteln der ihnen zugemessenen Zeit aus der Haft entlassen werden (ibd.).

Das Geltungsgebiet der vorzeitigen Entlassung beschränkt sich also nur auf Katorga, Verbannung zur Ansiedelung und Besserungsanstalt. Übrigens findet diese unbedingt zweckmäßige und humane Institution im neuen russischen Strafgesetzbuche auch bei einigen von § 30 vorgesehenen zeitigen Rechtsentziehungen (siehe § 30 und

25—100 Rubeln in Arrest von einer Woche bis zu einem Monat, von 100—500 Rubeln in Arrest von 1 bis zu 3 Monaten, von 500—1000 Rubeln in Arrest von 3—6 Monaten, über 1000 Rubel in Arrest von 6 Monaten bis zu einem Jahre umgewandelt.

31) und bei zeitigen Beschränkungen des Wahlrechts und des Wechsels des Aufenthalts Anwendung (siehe § 34 und 35).

„Die Statistik ist stehengebliebene Geschichte, die Geschichte laufende Statistik" sind die berühmten Worte eines bekannten gelehrten Statistikers. Diese Definition ist nicht nur eine Formel für die Statistik allein, dieselben Worte können auf jede beliebige Sozialwissenschaft, insbesondere auf das Strafrecht angewendet werden. Der gegenwärtige Stand des Strafrechts ist die stehengebliebene Geschichte des Strafrechts, die Geschichte des Strafrechts ist die Bewegung und Evolution der strafrechtlichen Disziplin.

Jede Sozialwissenschaft spiegelt alle kleinsten Änderungen und Schwankungen des Gebietes, das sie umfaßt, wieder. Überdies sucht die Wissenschaft ewig neue Pfade, bezeichnet neue Richtungen. Anders die gesellschaftlichen Grundstützen und sozialen Institutionen. Ihnen kommt eine solche Beweglichkeit nicht zu; sie können nur die Neuerungen wiederspiegeln, die schon im Bewußtsein vieler befestigt und vom Leben erprobt sind.

Eben dieses vorsichtige Verhalten gegen die neuen Strömungen äußerten die Verfasser des neuen russischen Strafgesetzbuches. So fand z. B. die Einrichtung der bedingten Verurteilung im neuen St.G.B. keine Aufnahme, obgleich dieselbe schon in vielen Staaten existiert. Außerdem ist das neue Strafgesetzbuch in vielen Bestimmungen den Traditionen und veralteten Formen gar zu treu geblieben. Dessenungeachtet ist es aber als ein bedeutender Schritt vorwärts zu betrachten, da es die russische Strafgesetzgebung den europäischen Mustern ersten Ranges in vielem näher gerückt hat. „Das Beste, was wir in Rußland haben, ist das Gericht" pflegte und pflegt man von der Gerichtsprozeßordnung Alexanders II. zu sagen. Eine völlig entgegengesetzte Kritik forderte auf allen Seiten das sowohl seinem Wesen wie der Form nach reaktionäre geltende russische Strafgesetzbuch heraus. Das neue russische Strafgesetzbuch hat die russische Strafgesetzgebung an die allgemeine progressive Strömung des Strafrechts angeschlossen. Welche Form diese Strömung sogar in der nächsten Zukunft annehmen wird, ist schwer vorauszusagen; in betreff der ferneren Zukunft ist aber jede Prophezeiung ganz unmöglich.

30.

Ein merkwürdiger Fall von Frauenmord.

Von Alfred Amschl, k. k. Staatsanwalt in Graz.

I.

Johanna Striegler, am 23. April 1851 geboren, vermählte sich am 27. Februar 1870 mit dem 28jährigen Ferdinand Hacker,[1]) Werksarbeiter in Graz. Dieser Ehe entsprossen vier Kinder, namens Josef, Johann, Ferdinand und Maria, letztere geboren am 12. Januar 1880. Von Graz zogen die beiden Eheleute nach Leoben, woselbst sie bis zum Jahre 1887 beisammen lebten. In diesem Jahre trennten sie sich. Der Mann zog in die Gegend von Graz, das Weib verblieb mit den zwei jüngsten Kindern Ferdinand und Maria in Leoben und ernährte sich und ihre zwei Kinder durch Wäscherdienste, die sie in verschiedenen Häusern leistete.

Im November 1886 lernte Johanna Hacker einen gewissen Josef Florian bei einer Tanzunterhaltung kennen, der als Anstreicher, Werksarbeiter und Bergknappe ein unstätes, der Arbeit nicht sehr ergebenes Leben führte.

Am Tage nach der erwähnten Tanzunterhaltung hatte er zwischen 8 und 9 Uhr abends ein Stelldichein mit Johanna Hacker auf dem Annaberge bei Leoben, woselbst es zu einem Geschlechtsakte zwischen beiden kam.

Florian lernte dann auch den Gatten seiner Geliebten kennen, was aber nicht hinderte, daß er den geschlechtlichen Verkehr mit ihr fortsetzte, wie denn überhaupt Johanna Hacker der Schranken, die ihr ihre Ehe gesetzt hatte, nicht sonderlich achtete. So hatte sie im Jahre 1886 den Bahnwächter Alois Witresal bei einer

[1]) Namen verändert.

Tanzunterhaltung kennen gelernt, mit dem sie sich schon an demselben Abend abgab. Witresal erfuhr erst später, daß die Hacker verheiratet sei und besuchte sie und ihren Mann dann wiederholt, ohne mit ihr je wieder geschlechtlich zu verkehren.

Auch der Donawitzer Werksarbeiter Johann Gruber erfreute sich ihrer Gunst. Er war ein Jugendfreund Florians. Im Jahre 1889 hatte er ein Rendezvous mit einem Mädchen in der Bahnhofstraße zu Leoben. Florian, zu maßloser Eifersucht veranlagt, mißgönnte seinem Freunde den Erfolg, versetzte ihm einen Messerstich in die linke Hand und hatte für alle Fälle einen in ein Sacktuch eingebundenen Stein bereit. Dieser Gruber machte einige Jahre später durch Florian die Bekanntschaft der Hacker. Sie forderte ihn öfters auf, sie zu begleiten. Er widerstand ihren Verlockungen, da sie verheiratet und sein Freund Florian ihr erklärter Geliebter war. Eines Tages besuchte er sie in ihrer Wohnung. Dort kam es zum Beischlaf. Florian erfuhr davon und war in seiner Weise derart brutal gegen Gruber, daß dieser fortan seinen Umgang mied.

Nachdem Ferdinand Hacker im Jahre 1887 Leoben und seine Gattin verlassen, zog sie mit Florian zusammen und lebte bis zu Beginn des Jahres 1894 mit ihm im Konkubinate. Seit damals war er zu ihrem Verhängnisse geworden, dem sie wohl nicht mehr zu entrinnen vermochte. Seit damals hatte sie unter seinen brutalen Mißhandlungen und Drohungen, unter seinen unersättlichen Anforderungen an ihren Geschlechtstrieb zu leiden, bis sie den Tod und hierdurch Erlösung von ihrem Peiniger fand.

Die beiden Kinder Ferdinand und Maria waren Zeugen dieses ehebrecherischen Verhältnisses und gleich ihrer Mutter Opfer der Mißhandlungen Florians, dessen rohe Sinnlichkeit seine Begierden von der Mutter auf die Tochter ablenkte, welch' letztere bis 1. Januar 1894 mit Ausnahme von vier Monaten zu Beginn des Jahres 1893 stets bei der Mutter gelebt hatte.

Das Mädchen war kaum 11 Jahre vorüber, als Florian ihm nachstellte. Maria Hacker fürchtete sich vor ihm und bat ihren Bruder, wenn ihn Florian in Abwesenheit der Mutter um Schnaps oder Zigaretten schickte, so schnell als möglich heimzukehren.

Am 29. Juni 1891 war Johanna Hacker in Graz und Florian mit dem Mädchen allein zu Hause. Er erfaßte es, legte

es zu sich ins Bett und betastete die nackten Geschlechtsteile des Kindes. Dieses, damals noch vollkommen unschuldig, sprang schreiend aus dem Bette.

Etwa 8 Tage später erfaßte Florian die Maria Hacker, warf sie in sein Bett, hob ihr die Röcke auf, legte sich auf sie, hielt ihr den Mund zu und gebrauchte sie fleischlich. Dies wiederholte er, solange Maria Hacker bei ihrer Mutter lebte, nahezu jeden zweiten Tag, oft zweimal im Tage, indem er sie packte, auf sein Bett oder nur auf den Boden warf und gebrauchte. Florian gesteht selbst, Gewalt gegen das Mädchen angewendet zu haben, damit es ihm nicht Widerstand leisten konnte; er gesteht selbst, daß er vermöge seiner Stärke und Größe das Kind überwältigte und ihm die Beine auseinanderzwängte.

Der Maria Hacker aber drohte er wiederholt, er werde sie, wenn sie den geschlechtlichen Umgang mit ihm verrate, so lange prügeln, bis sie liegen bleibe.

Aus Furcht vor Mißhandlungen schwieg das Mädchen, das ohnehin schon eingeschüchtert war, da Florian die Mutter nicht minder als die zwei Kinder mit seinem Ochsenziemer ganz ohne Grund unbarmherzig zu prügeln pflegte.

Florian leugnet weder die Schändung, noch die Notzucht, noch die Erpressung.

Erst zu Ende des Jahres 1893 gestand Maria Hacker ihrer Mutter den Verkehr mit Florian zu und offenbar bildete dieses Geständnis mit einen Grund, daß Johanna Hacker anfangs 1894 mit ihren Kindern zur Anna Hinze in Mühlthal Nr. 8 zog und sich von Florian trennte, wenngleich andere Ursachen sich dazu gesellten, wie später gezeigt werden soll.

Auch Maria Heinrich, die Tochter der Hinze, wußte vom Verhältnis Florians zur Maria Hacker und zwar aus dem Munde der Johanna Hacker selbst. Diese beschwor jedoch die Heinrich, keine Anzeige hiervon zu erstatten, denn sie fürchte sich vor Florian, der wegen dieser seiner Verbrechen wiederholt Drohungen gegen Johanna Hacker, deren Mitwissenschaft ihm im hohen Grade unbequem war, ausgestoßen hatte.

Wie gefährlich seine Drohungen waren, hat die Folge gezeigt.

Im Jahre 1894 steigerten die Zerwürfnisse sich ins Unerträgliche. Johanna Hacker hatte vor, aus Leoben auszuwandern, ja selbst zu ihrem Gatten zurückzukehren, da sie sich vor Florian

fürchtete, der sie auf Schritt und Tritt verfolgte und in beständiger Furcht erhielt. War das Hauptmotiv seine Angst, sie möchte das verbrecherische Verhältnis zu ihrer Tochter verraten, so gesellte sich seine maßlose Eifersucht hinzu, die soweit ging, daß jede Zusammenkunft zwischen ihm und ihr in Streitigkeiten und Mißhandlungen ausartete. In letzter Zeit sah Florian in dem Puddler Stanislaus Zimmermann seinen gefährlichsten Nebenbuhler. Dieser hatte Johanna Hacker im Jahre 1883 kennen lernen, da ihr Mann sein Arbeitskamerad war, von 1886 bis 1894 aber mit ihr nicht mehr verkehrt. Am Faschingsonntag 1894 traf er sie in den Gasthäusern des Gruber und beim Bärenwirt auf einer Tanzmusik. Am Abende kam es zwischen beiden im Freien zu einem geschlechtlichen Akt. Die Hacker beklagte sich über Florians Roheit und gab ihrer Furcht vor seinen Drohungen Ausdruck. Zimmermann begegnete in der Folge ihr und Florian wiederholt. Er wagte jedoch nicht sie anzusprechen aus Furcht vor Florians brutaler Eifersucht.

Dieser gesteht selbst, daß er mit Johanna Hacker häufig stritt, daß diese Streitereien in Tätlichkeiten übergingen, daß er gegen sie und ihre Kinder roh und grob war und sie alle wiederholt mit Stöcken und Händen schlug.

So erzählt der Sohn Ferdinand Hacker, daß Florian die Mutter mit der Hand und mit seinem Ochsenziemer so lange schlug, bis sie ganz geschwollen war. Wenn die Kinder sich für die Mutter bittend ins Mittel legten, so schlug er die Kinder, bis sie Anschwellungen bekamen, und zumeist auf den Kopf. Wiederholt drohte Florian der Mutter: „wenn sie mit ihm nicht mitgehe, ist sie des Lebens nicht sicher!“

Im Jahre 1893 flüchtete die Hacker mit ihren Kindern eines Nachts um ein Uhr aus ihrer Wohnung, um Florians Mißhandlungen zu entrinnen.

Nach dem Zeugnisse der Maria Hacker bedrohte Florian ihre Mutter im Jahre 1894 einmal mit den Worten: „wenn sie nicht mit ihm geht oder spricht, ist sie ihres Lebens nicht sicher“, worauf die Mutter erwiderte: „das weiß ich so, daß ich vor dir mit dem Leben nicht sicher bin“.

Der bereits genannten Maria Heinrich gegenüber äußerte sich Johanna Hacker einmal im Jahre 1894, sie fühle sich vor

Florian ihres Lebens nicht sicher. Die Heinrich war auch Zeugin, wie Florian die Hacker mit der Faust auf den Kopf schlug.

Zur Waschfrau Katharina Trummer sagte die Hacker wiederholt, daß sie sich vor Florian sehr fürchte.

Ihrer alten Freundin Elisabeth Schifkowitz klagte sie, daß Florian sie überall verfolge, daß er ihr, wenn sie noch so früh morgens zur Arbeit gehe, in der Nähe des Hauses auflauere und sie gleich auf der Straße mit Schlägen mißhandle.

Der Polizeimannsgattin Aloisia Scheidl jammerte sie in jüngster Zeit vor, daß sie von Florian nicht loskommen könne, wie sehr sie auch wünsche, sich von ihm zu befreien. Dies sei jedoch nicht möglich, da er sie sonst hauen würde und da er sie überall hin verfolge. Oft zeigte sie der Scheidl die blauen Flecken an ihrem Körper, die von Florians Schlägen stammten.

Den Rat der Wäscherin Theresia Wieser, Florians Schlägen dadurch zu entgehen, daß sie ihn verlasse, weil sie ja mit ihm doch nicht verheiratet sei, beantwortete sie mit der Äußerung, daß sie dann ihres Lebens nicht sicher sei, da Florian sie daran bedrohe.

Eines Nachts im Jahre 1893 wusch Johanna Hacker in der Villa des Herrn von G. in Leitendorf. Florian verfolgte sie bis dorthin, stritt mit ihr, versetzte ihr Faustschläge und prügelte sie mit seinem Stocke solange, bis dieser in drei Stücke zerbrach. Das war um zwei Uhr morgens. Der Knecht Anton und der Kutscher Mathias wurden von den geängstigten Waschfrauen geweckt. Ihnen gelang es, Florian aus dem Hause zu bringen. —

Aus Mitleid nahm Anna Hinze am 15. Januar oder Februar 1894 die durch Florians Drohungen, Mißhandlungen und Verfolgungen unablässig gequälte und gehetzte Johanna Hacker zu sich ins Zimmer. Zur Hinze äußerte sie sich, Florian habe gedroht, sie umzubringen, wenn sie ihn nicht mehr liebe. Sie fürchte sich vor ihm und könne auch seinen übermäßigen geschlechtlichen Anforderungen nicht mehr genügen.

Die Hinze erzählt, daß Florian seine Geliebte ohne Unterlaß gequält und beschimpft habe. Seine Eifersucht war maßlos, sein Gemüt in steter Erregung. Einmal habe er die Hacker geprügelt, einmal ihr im Vorhause einen Fußtritt und eine Ohrfeige versetzt. Einmal sei sie mit blutigem Kopfe zur Hinze gekommen, — ihre Jacke triefte von Blut. Hinze konnte die Martern der Hacker nicht länger gleichgültig mit ansehen; als Florian dieser einmal eine

ganz ungerechtfertigte Eifersuchtsszene wegen Zimmermanns machte, verbot ihm Hinze ihr Zimmer. Um diese Zeit herum drohte Florian der Hacker mit den Worten: „Wenn du mich nicht liebst, soll dich ein anderer auch nicht haben! Du wirst sehen, was ist!“

Weder Louise Kosler, ihre Hausfrau, noch Anna Hinze vermochten zu begreifen, daß die Hacker trotz aller Roheit Florians, trotz aller gefährlichen Bedrohungen und Mißhandlungen sich von Zeit zu Zeit immer wieder an ihren Peiniger herandrängte, der sie mit dämonischer Gewalt zugleich abstieß und anzog. So kam es, daß ihm die Hacker im Frühling 1894 ein Stelldichein auf dem Jakobifriedhof in Leoben gewährte. Dies drang natürlich unter die Leute. Um das entstandene Gerede zum Schweigen zu bringen, verstattete Hinze dem Florian wieder den Besuch ihres Zimmers. Ende Juni 1894 aber beschuldigte er die Hacker daselbst in so erregter Weise und derart exzessiv der Untreue, daß ihm Hinze die Türe wies, zumal da sie sich selbst schon vor Florian fürchtete.

Nun erst verfolgte er die Hacker auf Schritt und Tritt. Seine grob, ja tierisch sinnliche Neigung zu ihr stieß an ihrem fortschreitenden Alter auf Widerstand. Diese Neigung und weit mehr die Furcht, daß eine Lösung ihres Verhältnisses das Geheimnis seines verbrecherischen Treibens mit ihrer eigenen Tochter aufdecken könnte, verwandelte den Florian in das böse Verhängnis, das sich an ihre Sohlen heftete und in ihr den der Heinrich anvertrauten Plan zeitigte, Leoben zu verlassen, um sich ihres Quälgeistes zu entledigen, der sie nicht nur auf der Straße, vor dem Hause, auf dem Glacis, sondern selbst bis in die Wäscheplätze, in ihre Arbeitsstätten, verfolgte.

Trotz alledem dauerte der geschlechtliche Verkehr noch fort.

Im Sommer und Herbst 1894 produzierte sich eine Gymnastiker- und Schauspielergesellschaft auf dem Josefé in Leoben unmittelbar vor der zum Südbahnhofe führenden Murbrücke, von der Stadt aus rechts. Die Bühne war vollkommen frei, die Schaustellungen der Akrobaten konnten weithin gesehen werden. Um den Zuschauerraum und um das ganze Etablissement, kurzweg „Arena“ genannt, drängte sich zahlreiches stehendes Publikum, das sich beim Abfammeln meist zerstreute. Eine der häufigsten Besucherinnen der Arena war Johanna Hacker mit ihren Kindern.

Am 25. Juli 1894 wohnte sie einer solchen Vorstellung bei. Die bereits erwähnte Schiskowitz traf sie dort auf der Wiese sitzen.

Die Hacker klagte ihr, daß Florian sie heute wieder so „sekkiere". Sie hatten sich auf dem alten Friedhofe (am rechten Murufer, hinter der Landwehrkaserne und der Gasanstalt) ein Rendez-vous gegeben. Zweimal suchte ihn die Hacker dort vergebens. Als Florian endlich sie traf, überhäufte er sie mit Vorwürfen, daß sie wieder wo anders gewesen. Am 28. Juli 1894 (Samstag) war sie mit Florian vom Dienstmädchen Josefa Caprara in der Arena gesehen worden. Am 29. Juli 1894 besuchte sie mit Florian eine Tanzunterhaltung in der Schießstätte. Des Abends kam es zwischen ihnen im Freien zu neuem Geschlechtsakt. Am 31. Juli hatten sie sich, wie Florian selbst dem Emil Schögg gestand, neuerdings zerstritten. Am 1. August 1894 sah sie Johann Gruber in der Zellergasse, einem finsteren Gäßchen zwischen dem Stadtturm und der Gößerstraße, etwa um 8 Uhr abends streiten. Am 2. August wusch sie des Morgens in Gesellschaft der Katharina Trummer. Um 5 Uhr nachmittag sprach sie mit der Schiskowitz und teilte ihr mit, daß sie abends die Arena besuchen werde. Florian behauptet, ihr an diesem Tage zwischen halb und $^3/_4$ auf 4 Uhr nachmittags auf dem Hauptplatze in Leoben begegnet, mit ihr auf das Glacis gegangen, dort auf einer Bank bis 4 oder $4^1/_2$ Uhr gesessen zu sein und sie dann nach Hause begleitet zu haben.

Er selbst, der am 31. Juli 1894 wegen eines Streites mit einem Mitgesellen vom Malermeister Kölbl des Dienstes entlassen worden war und seit 18. Mai 1894 ein Zimmer mit seiner Schwester Anna und ihrem Geliebten Emil in Mühlthal bewohnte, begab sich dann nach Hause und versprach seiner Schwester Anna, sie von der Arena, woselbst die Vorstellungen in der Regel von $7^1/_2$ bis 10—$10^1/_2$ Uhr abends dauerten, abzuholen und blieb bis 20 Minuten vor 8 Uhr abends daheim. Auf dem Wege zur Arena traf er mit den Spiellenten Anton Wenzel, Felix Petzka und Ignatz Skrube, und zwar auf dem über das Josefé führenden Fußsteig, zusammen, worauf er sich unter dem Publikum verlor.

Zwischen 4 und 5 Uhr nachmittags wurde Johanna Hacker in ihrer Wohnung von ihrem Sohne Ferdinand angetroffen, dem sie mitteilte, daß sie abends in die Arena gehen werde.

Zwischen 7 und $^1/_2$8 Uhr abends verließ sie mit Maria

Heinrich ihre Wohnung. Beim „König von Sachsen“ trennten sie sich. Heinrich ging in das Gasthaus, während die Hacker den Weg in die Arena fortsetzte. Dort traf sie ihren Sohn, den sie zupfte, während sie ihm sagte: „Jetzt bin ich auch da!“ Bald aber verschwand sie beim Herannahen des Absammlers. Nach kurzer Zeit erschien sie wieder in der Nähe ihres Sohnes, bei dem sie blieb, bis ein zweiter Absammler kam. Während sie sich entfernte, sagte sie ihrem Sohne: „Jetzt geh' ich weg; wenn es aus ist, komm' ich dich abholen“.

Um 8 Uhr herum traf Maria Hacker mit ihrer Mutter vor der Arena zusammen. Die Tochter bat, sie möge ihr den Eintritt bezahlen. Johanna Hacker, die sehr guter Laune war und lachte, erwiderte scherzweise: „Du hast so mehr Geld als ich, hast heute deinen Lohn bekommen!“ — Da erblickte das Mädchen in einer Entfernung von 8 bis 10 Schritten Florian, dessen Anblick es vertrieb.

Die oben erwähnten Worte waren die letzten, die Johanna Hacker zu ihrer Tochter sprach.

Um 9 Uhr begab sich — in der Landwehrkaserne wurde gerade Retraite geblasen — Maria Heinrich in die Arena. Sie stellte sich beim Brunnen, der zwischen der Arena und dem rechten Murufer steht, auf. Kurz darauf bemerkte sie einige Schritte hinter sich die Johanna Hacker. In diesem Augenblicke schritt Florian von rückwärts auf die Hacker zu und legte seine Hand auf ihre Schulter. Nach einiger Zeit schaute sich die Heinrich wieder um, sah das Paar an derselben Stelle und schien es ihr, als ob sie stritten. Bald darauf waren beide verschwunden.

Nach 9 Uhr sah der Bäckergehilfe Kornhäusl einen Mann und ein Weib längs der Mur in der Richtung von der Arena gegen die Landwehrkaserne gehen. Nach der Personsbeschreibung kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses Paar Johanna Hacker und Florian war.

Um diese Zeit begegnete ihnen beiden der Bergarbeiter Michael Kößler auf der Bahnhofbrücke. Wenngleich er sich nicht mehr erinnert, ob dies am 1. oder 2. August 1894 gewesen, so erklären Anna Hinze und Johanna Richter bestimmt, daß Johanna Hacker am 1. August um die angegebene Zeit nicht in der Nähe der Arena oder der Brücke gewesen sein kann, weil sie an diesem Tag bis nach 9 Uhr abends bei Frau Rabitsch gewaschen hatte

und nicht mehr in die Arena ging. Die Begegnung fand daher zweifellos am 2. August statt.

Von dieser Zeit an — d. i. vom 2. August 1894, 9 bis 9¼ oder höchstens 9½ abends ist Johanna Hacker in Leoben nie mehr gesehen worden. Erst am 8. August 1894 wurde ihr entstellter Leichnam unterhalb der Weinzettelbrücke im Mühlgang am rechten Murufer in der Gemeinde Gösting bei Graz aus dem Wasser gezogen.

Sofort nach dem rätselhaften Verschwinden der Johanna Hacker bezeichnete die öffentliche Stimme mit seltener Einmütigkeit den Florian als Hackers Mörder. Die abgeführte Voruntersuchung bestätigte den allenthalben laut ausgesprochenen Verdacht.

Florian leugnet hartnäckig, am Abende des 2. August mit Johanna Hacker zusammengetroffen zu sein. Er behauptet, von 8 bis ½ oder ¾ auf 9 Uhr nächst der Arena sich aufgehalten, um 9 Uhr im Gasthause zur Stadt Triest, von dort nach etwa 10 Uhr ins Ganglsche Gasthaus und gegen 10 Uhr in die Kaiser Franz Josef-Straße zu einer Feuersbrunst gegangen zu sein.

Über sein Eintreffen bei Gangl weichen die Aussagen der Zeugen sehr ab. Anton Wenzel sagt erstlich, Florian sei um 8¼ Uhr dort eingetroffen und bis nach 10 Uhr geblieben; später verbesserte er sich und sagte, Florian sei um 9¼ oder 9½ Uhr gekommen. Felix Petzka, Ignaz Skrube und die Kellnerin Resi Steiner bezeichnen 9¼ oder 9½ Uhr als die Stunde seines Eintreffens. Steiner schätzt seinen Aufenthalt auf eine Stunde. Man weiß, wie wenig verläßlich derartige Zeitbestimmungen sind.

Tatsache ist, daß nach Schluß der Vorstellung Maria Heinrich den Florian von der Mur herkommend bei der Arena erblickte, daß dann der vergeblich auf seine Mutter wartende Ferdinand Hacker bei den zwei Kastanienbäumen in der Kaiser Franz Josef-Straße den Florian traf, der ihn nach der Mutter fragte und hinzufügte, er habe sie heute noch nicht gesehen.

Tatsache ist auch, daß Florian etwa um ¾11 Uhr abends mit seiner Schwester Anna in der Nähe der Arena zusammentraf. Sie gingen den Fußweg entlang in die Stadt. Auf dem Hauptplatz trennten sie sich, weil Florian sich in das Gasthaus zur „Stadt Triest" begab, um dort Schnaps zu trinken. Beim Rathause trafen sich die Geschwister wieder und suchten ihr gemeinsam bewohntes Zimmer auf.

Florian verbrachte nach dem Zeugnisse seines „Schwagers" Emil und des Wirtes Franz Schröck eine unruhige Nacht. Am Morgen des 3. August schmeckte ihm der Schnaps nicht. Um ¾ auf 6 Uhr ging er zu seinem früheren Meister Kölbl um sein Arbeitsbuch. Da das Lokal noch geschlossen war, begab er sich zum Gastwirt Longin. Von dort ging er abermals zu Kölbl, der ihm die Herausgabe des Arbeitsbuches verweigerte. Zwischen ¼ und ½ 7 Uhr kam er an der Wohnung seiner Geliebten vorüber. Auf der Straße erwartete Ferdinand Hacker seine Mutter, deren ganz ungewöhnliches Ausbleiben ihn und die Hausleute beunruhigte. Ferdinand fragte nach der Mutter, Florian riet ihm, sie auf ihren Waschplätzen zu suchen und fragte ihn, ob die Mutter die Kleider gewechselt habe?

Etwa um 8 Uhr begab sich Florian zur Hinze. Dort trat ihm Maria Heinrich sofort mit der Frage entgegen, ob er der Hacker etwas angetan habe und nur um zu täuschen nach ihr sich erkundige. Er erschrak und errötete. Heinrich, hierdurch in ihrem Verdachte bestärkt, rief ihm zu: „Du verdammter Zottel, schau daß du weiterkommst, du hast da nix zu suchen; — wo haben's die Hacker hintan?" Florian erwiderte: „Ich gehe gerade suchen". Mit Schimpfworten wurde er aus dem Hause gejagt und rief, mit der Faust gegen die Heinrich drohend: „wartens nur!"

Florian kehrte dann in seine Wohnung zurück, die er alsbald mit Emil verließ. Unterwegs teilte er diesem mit, daß die Hacker noch nicht nach Hause gekommen sei und fügte hinzu: „Sie wird doch nicht in die Mur gegangen sein, da wir Dienstag (31./7.) gestritten haben? Mir kann doch nichts geschehen, wenn ich ihr nichts getan habe?" Emil erwiderte darauf: „Wenn du ihr nichts getan hast, wird dir auch nichts geschehen. Wenn sie einen Zettel bei sich hat, worauf steht, daß sie deinetwegen in die Mur gegangen ist, dann bist du strafbar."

Auf dem Wege in die Stadt wurde Florian als des Mordes an Johanna Hacker verdächtig verhaftet. Dem Wachmann fiel die ganz ungewöhnliche Niedergeschlagenheit Florians auf. —

Die Obduktion der grauenhaft verunstalteten, von Maria Hacker an den Kleidern erkannten Leiche ergab drei parallel verlaufende Kopfwunden in der Länge von 4—8 cm, die durch wuchtige Hiebe mit einem stumpfen Werkzeuge, nicht aber durch einen Kopfsprung

ins Wasser oder durch das Fortschwemmen erzeugt worden sind und zwar von vorneher. Diese Verletzungen mußten eine tiefe Ohnmacht verursacht haben und in diesem Zustande mußte die Hacker ins Wasser gekommen und darin rasch zu Grunde gegangen sein.

Gegen den Tod durch Ertrinken spricht der Umstand, daß hierbei der Tod selten durch Shok, sondern gewöhnlich, insbesondere bei wärmerer Wassertemperatur, durch Erstickung eintritt, was zur Folge hat, daß Fremdkörper, wie Sandteilchen, Flüssigkeit usw. in die Luftwege eindringen. Da derartige Körper in der Leiche nicht gefunden wurden, so schließen die Ärzte, daß Johanna Hacker durch drei Hiebe mit einem Stock bewußtlos gemacht wurde und sodann rasch im Wasser ihren Tod fand.

Dem entgegen behauptet Florian, daß Johanna Hacker durch Selbstmord geendet habe. Oft habe sie ihm gedroht, sich das Leben zu nehmen, weil er sie sekkiere. Im Jahre 1888 habe er sie wegen ihres Verhältnisses mit Gruber zur Rede gestellt. Da sei sie über die Waasenbrücke gegen das Badhaus gelaufen, Florian aber habe sie eingeholt. Er stellt diese Affäre als einen Selbstmordversuch hin, Gruber aber zweifelt, ob es der Hacker damit ernst war. In demselben Jahre soll sie abends nach einem Streit mit Florian in den Mühlbach nächst der Mallingerschen Mühle gesprungen sein. Ein Zeuge war nicht zugegen.

Dagegen sagen die Kinder, daß die Mutter nie Selbstmordgedanken geäußert habe, zumal da sie sehr an ihren Kindern hing, die sie zärtlich liebte. Auch die Hinze, die Trummer, die Schifkowitz und die Heinrich halten einen Selbstmord für ganz ausgeschlossen, da die Hacker stets heiteren Gemütes, nie exaltiert oder überspannt war und insbesondere am 2. August gar nichts auffallendes oder abnormes in ihrem Wesen an den Tag legte. Ja wenige Minuten vor ihrem Tode scherzte und lachte sie noch mit ihrer Tochter Marie in heiterster Laune.

Florian wurde auf Grund dieses Sachverhaltes angeklagt:

1. Des Verbrechens der Schändung, begangen am 29. Juni 1891 an der am Januar 1880 geborene Maria Hacker;
2. des Verbrechens der Notzucht an Marie Hacker, begangen dadurch, daß er sie in der Zeit von Juli 1891 bis Ende

1893 unzählige Male durch Gewaltanwendung wehrlos machte und in diesem Zustande zum Beischlaf mißbrauchte;

3. des Verbrechens der gefährlichen Drohung und Erpressung an Maria und Johanna Hacker, verübt in den Jahren 1891 bis 1894 in der Absicht, die Beiden in Furcht und Unruhe zu versetzen und die Unterlassung die Anzeige wegen Notzucht und Schändung zu erzwingen;

4. des Verbrechens des gemeinen Mordes, verübt am Abende des 2. August 1894 an Johanna Hacker durch Ertränken im Murflusse.

Die Staatsanwaltschaft unternahm in der Anklageschrift den Nachweis, daß ein Selbstmord ausgeschlossen sei. Ist aber Selbstmord ausgeschlossen, so muß Johanna Hacker durch fremde Hand ums Leben gekommen sein und zwar nur durch Florians Hand, weil er der Letzte war, in dessen Begleitung man sie sah und der eben dadurch, daß er dieses letzte Zusammentreffen so sinnlos leugnet, sein Schuldbewußtsein offenbart. Es wäre doch höchst sonderbar, wenn er, der zugestandenermaßen am Abende des 2. August 1894 die Arena besucht hatte, gerade an diesem Abende nicht mit der dort weilenden Hacker zusammengetroffen wäre, wie sonst immer.

Die Zeugen Heinrich, Kößler und Kornhäusl erschauten ihn und die Hacker unmittelbar an der Mur, von wo ihn die Heinrich nach der Vorstellung in die Richtung gegen die Arena schreiten sah.

Wäre Florian schuldlos, so könnte er getrost sich als Zeuge eines Selbstmordes bekennen, der übrigens wegen des Mangels an Fremdkörpern in den Luftwegen der Leiche ganz ausgeschlossen ist. Wäre Florian schuldlos, hätte er auch nicht nötig, sich in Widersprüche über sein Eintreffen im Ganglschen Wirtshause unmittelbar nach der Tat zu verwickeln. Er gesteht, ein halbe Stunde, also höchstens bis $^3/_4$9 Uhr, nächst der Arena sich aufgehalten, dann aber sofort sich zu Gangl begeben zu haben. Dagegen behaupten alle verläßlichen Zeugen übereinstimmend, er sei viel später dort erschienen.

Florians Schuldbewußtsein findet auch Ausdruck in seinem Benehmen am 3. August 1894. Die unruhige Nacht, die sonderbare Frage an Emil, ob ihm was geschehen könnte, wenn die Hacker ins Wasser gegangen wäre; das Bestreben, einen Selbstmord plausibel zu machen; das Erröten und Erschrecken bei Heinrich,

das Abholen des Arbeitsbuches; seine Niedergeschlagenheit vor der Verhaftung und das einmütige Urteil der Volksstimme rechtfertigen die Anklage.

Heinrich hatte Florian und Hacker streiten und beide sich dann zur Mur entfernen sehen. Wie die Gerichtsärzte richtig schließen, kam es dort zu einer jener vielen brutalen Eifersuchtsszenen. Nach seiner Gewohnheit schlug Florian seinem Opfer mit einem Stock, mit einer Flasche oder dgl. auf den Kopf, den er auch ehedem mit Vorliebe zum Ziele seiner Mißhandlungen gewählt hatte. Diesmal trafen die Schläge stärker als sonst und raubten der Hacker das Bewußtsein. Dann aber, um Rache zu nehmen für die Treulosigkeiten seiner Geliebten, um die Mitwisserin seiner Verbrechen für ewig verstummen zu machen und sich vor einer Verfolgung wegen der schweren Mißhandlung, die er der Hacker vor ihrem Ende zugefügt, zu sichern, muß er die Lebende ins Wasser geworfen haben in der Absicht, sie zu töten, und in der Gewißheit, daß der Leichnam niemals wider ihn würde zeugen können. —

Die Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichtshof in Leoben fand am 20. und 21. November 1894 statt.

Allgemeines Mitleid erweckte die jugendliche Maria Hacker, ein zartes, schmächtiges Mädchen, fast noch ein Kind, sehr einfach aber nett in tiefe Trauer gekleidet, mit schwarzen Baumwollhandschuhen, ein schwarzes Spitzentuch um die blonden Haare geknüpft. Sie diente, kaum 14 Jahre vorüber, als Kellnerin in einer Weinstube zu Graz. Ohne Vater aufgewachsen, Zeugin wüster Orgien; Tochter einer Mutter, deren sittlichen Tiefstand sie täglich zu beobachten in der Lage war; geknechtet, mißhandelt, entehrt und vergewaltigt vom rohen Quälgeist ihres Hauses; vor der Zeit durch ihn auf den Pfad geschlechtlicher Ausschweifungen getrieben, die die Gesundheit des schwächlichen Mädchens untergraben mußten; hat sie sich trotzdem die Liebe zu ihrer Mutter bewahrt, die wieder mit zärtlicher Liebe an ihrem Kinde hing.

Die Geschworenen bejahten einstimmig die Fragen auf Schändung, Notzucht, gefährliche Drohung und Erpressung, verneinten einstimmig die Frage auf Mord. Die Möglichkeit, daß Johanna Hacker freiwillig nach den erlittenen Mißhandlungen, nach den grausamen Quälereien, die ihr das Leben mit der Zeit verleiden konnten, den Tod in den Fluten der Mur gesucht, schien ihnen nicht ausgeschlossen und niemand vermochte dem Wahrspruch

Berechtigung abzusprechen. Florian wurde zu sieben Jahren schweren Kerkers, ergänzt durch einmal Einzelhaft in jedem Monate, verurteilt. Er war wegen Übertretung des Hazardspiels, der Einmengung in eine Amtshandlung, des Raufhandels und wegen Verbrechens des Diebstahls je einmal vorbestraft.

II.

Als der Brauergehilfe Josef Tropper am Sonntag den 13. Juli 1902 von seiner Wohnung, Seiersberg bei Graz, Nr. 131, um 2½ Uhr morgens zur Arbeit nach Puntigam ging, sah er in der Nähe des zur Reichsstraße nach Feldkirchen führenden Fußsteiges in einer Ackerfurche eine Gestalt liegen, die er für einen schlafenden Betrunkenen hielt, wesbalb er weiter schritt. Er kehrte jedoch bald zurück, um die Person zu wecken und vor Verkühlung zu schützen. Als er näher trat, erblickte er eine weibliche Gestalt und als er ihre Hand ergriff, merkte er, daß er vor einer Leiche stand. Er begab sich daher in die Fabrik und meldete dort seine Wahrnehmungen. Zwei Stunden später begab er sich mit seinen Kameraden Karl Pitsch und Joseph Tauß an Ort und Stelle und erkannte in der Leiche die ihm persönlich bekannte, in Seiersberg, Nr. 129 wohnhafte Brauersgattin Franziska Theiner. Die Leiche lag am Rande eines Kornackers, die linke Hand im Korne, die rechte in die Hüfte gestemmt; Schuhe, Oberkleid und Ohrringe fehlten, der Hals zeigte deutliche Würgmale.

Das Gras ringsum wies nirgends die Spur eines Kampfes. Zur linken Seite der Leiche bemerkten die drei Arbeiter eine ziemlich stark ausgeprägte Fußspur, u. z. Absatz und Sohlenkante, wie wenn jemand sich auf den einen Fuß aufgestemmt hätte. Sie verständigten die Gendarmerie. Vor deren Eintreffen hatten Ferdinand Hauptmann und Josef Majdic, im gleichen Hause mit Tropper wohnhaft, um 6½ Uhr die Leiche der ihnen wohlbekannten Franziska Theiner wahrgenommen und besichtigt. Als die Gendarmerie-Patrouille eintraf, umstanden bei 100 Personen die Leiche. Sämtliche Spuren und die umliegenden Felder waren zertreten. Zu Füßen der Leiche lag eine schwarze wachsleinerne Tasche, 2 Päckchen Gries, ein Päckchen Borax und eine alte Jacke enthaltend. Die gerichtliche Obduktion ergab eine handgroße Hautabschürfung am linken Scheitelhöcker und als Todesursache Erstickung durch Würgen. Die Gerichtsärzte vermuten, daß der Theiner ein weicher

Gegenstand über das Gesicht geworfen und sie dann erwürgt worden sei.[2]) Spuren eines kurz vor dem Tode vollzogenen Beischlafes wurden nicht gefunden, wohl aber befand sich die Ermordete bei ihrem Tode im Zustande der monatlichen Reinigung.

Franziska Toma, im Jahre 1866 geboren, lebte seit 1886 mit dem Fabrikarbeiter Felix Theiner im Konkubinate. 1889 hielten sie sich in Leoben auf, am 24. April 1892 verehelichten sie sich. Der Gatte nennt die Ehe eine glückliche. Sieben Kinder entsprossen dem elterlichen Bunde, darunter die am 20. Juni 1887 geborene Aloisia Toma, die, zwar vor der Ehe geboren, durch nachgefolgte Ehe legitimiert, jedoch nicht auf den Namen Theiner umschrieben wurde. Die Familie Theiner übersiedelte am 1. August 1899 in das Haus Strafhausgasse 27 in Graz, gegenüber dem südlichen Trakte der k. k. Männerstrafanstalt gelegen und dem Einblick der Sträflinge offen. Wiederholt hat schon zwischen diesem Hause und den Sträflingen reger Verkehr geherrscht. Wiederholt haben entlassene Sträflinge in jenem Hause Unterstand gefunden. Wiederholt hat auch schon die k. k. Strafanstalts-Direktion ihre vorgesetzten Behörden und die Polizei auf diese Mißstände aufmerksam gemacht, die sich aber aus baulichen Gründen vor Demolierung dieses Hauses nicht ganz beseitigen ließen.

Am 1. Januar 1901 zog der 29jährige Paul Toma zu seiner Schwester. Eines Tages brachte er den uns bereits bekannten Florian zu Theiner, der ihn über Empfehlung des Schwagers Paul als Bettburschen aufnahm. Am 5. Februar 1901 zog Florian zu Theiner in die Strafhausgasse 27, woselbst er bis 12. Juni 1901 verblieb.

Am 13. März 1901 sah sich die Strafanstalts-Direktion genötigt, an die Sicherheitsbehörde mit dem Ersuchen um Überwachung des Hauses Nr. 27 heranzutreten und insbesondere die Aufmerksamkeit der Polizei auf Franziska Theiner zu lenken, die des Schmuggels von Tabak und Briefen in die Anstalt verdächtig war. Dies veranlaßte die Sicherheitsbehörde zu Erhebungen, wobei sie in Erfahrung brachte, daß die noch nicht 14jährige Aloisia Toma das Opfer eines Sittlichkeitsverbrechens geworden sei. Am 29. April 1901 wurde sie polizeiärztlich untersucht. Der

[2]) Siehe Anmerkung 7 am Schlusse.

Befund stellte fest, daß an ihren Genitalien mechanische Insulte stattgefunden haben. Aloisia Toma behauptete, von ihrem Oheim (bis 30. April 1901 bei ihren Eltern wohnhaft) wiederholt unter dem Versprechen von Geschenken, unter Drohungen und Mißhandlungen zur Befriedigung seiner Lüste mißbraucht worden zu sein. Dasselbe hatte Aloisia Toma ihrer Mutter Franziska Theiner eingestanden. Sie hielt ihre Angaben auch bei ihren gerichtlichen Einvernehmungen am 7. und 20. Mai aufrecht. Die Folge davon war die Verhaftung des Paul Toma am 19. Mai 1901.

An demselben Tage wurde der Sträfling Johann Mali in den Polizeiarrest überstellt, woselbst sich auch der Schneider Stefan Metz befand. Mali hatte in der Strafanstalt gleich den Sträflingen Martin und Jakob vom III. Stock aus gesehen, wie sowohl Aloisia Toma als auch ihre Mutter vom Bettburschen in unsittlicher Weise liebkost wurden. Alle diese Sträflinge kannten Florian genau, weil dieser erst am 6. Januar 1901 nach siebenjähriger Strafe aus der Anstalt war entlassen worden. Toma sendete Mali und Metz zur Theiner und zu ihrer Verwandten Dove, um die beiden Frauen zu informieren, daß Florian und nicht er der Täter sei, allein vergeblich, denn Aloisia Toma blieb bei ihren Angaben. Dies hatte die Erhebung der Anklage gegen Paul Toma wegen Verbrechens der Notzucht und Schändung zur Folge. Bei der Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichtshof in Graz am 21. Juni 1901 entschlugen sich Aloisia Toma und ihre Mutter der Aussage. Die Beweise gegen den Angeklagten zerflossen so sehr, daß sich der Staatsanwalt genötigt sah, den Geschworenen die Verneinung der an sie gestellten Fragen zu empfehlen, worauf tatsächlich der Freispruch erfolgte.

Nach Auffindung der Leiche der Franziska Theiner erinnerte man sich sofort des Falles Toma und daher auch Florians, dessen geschlechtliche Beziehungen zur Ermordeten kein Geheimnis geblieben waren. Durch die Polizei, die Florian schon lang überwacht hatte, wurde dieser beim pensionierten Gefangenaufseher Roth, Herrgottwiesgasse 47, ausgeforscht und um 13. Juli 1902 um 1 Uhr mittags verhaftet. An Florians Hals und rechter Hand zeigten sich auffallende Kratzwunden, Hemd und Rock trugen Blutspuren wie das Taschentuch, die lichten Beinkleider wiesen an den Knieen Spuren von Kot und Erde. Florian erklärte sich für unschuldig, gab an, die Theiner schon

von Leoben her zu kennen und schon dort (1889?) mit ihr geschlechtlich verkehrt zu haben. Nach seiner Entlassung aus der Anstalt habe er sie in der Stadt getroffen, angesprochen und auf ihr Geheiß sei er zu ihr gezogen, woselbst er bald den geschlechtlichen Verkehr mit ihr wieder aufnahm und fortsetzte, nachdem er am 12. Juni 1901 von Theiner weggezogen war. Im Sommer 1902 sei er an Samstagen des Abends mit ihr am Pferdemarkt in der Nähe der Schlachthausbrücke zusammengetroffen und dann nach Puntigam gewandert, woselbst er mit ihr nächst der Pulverstampfe geschlechtlich zu verkehren pflegte. Sie selbst gab daheim vor, sie müsse jeden Samstagabend zum Delikatessenhändler Nagel in die Leonhardstraße Bodenreiben, was der arglose Gatte glaubte, während sie im Nagelschen Hause gänzlich unbekannt war. —

Über den Verlauf des 12. Juli 1902 machte Florian bei der Polizei ziemlich dieselben Angaben wie im Laufe der Voruntersuchung. Theiner habe ihn wie sonst auf den Pferdemarkt bestellt, woselbst sie, ihre wachsleinerne Tasche am Arm, mit seiner Wäsche um 7 Uhr abends erschien. Er gab ihr 3 K, trug seine Wäsche nach Hause und kehrte wieder zu ihr zurück. Nachdem Theiner bei einem Kaufmann 2 Päckchen Gries gekauft, begaben sie sich ins Hauserische Gasthaus, Lagergasse 208, woselbst sie 6 halbe Liter Bier austranken und bis 8½ Uhr blieben. Von Hause seien sie auf dem Fußsteig längs der Mur bis zur Puntigamerbrücke gewandert, von dort zur Pulverstampfe gegangen, wo sie im Grase den Beischlaf pflogen, dann längs der Puntigamer Allee zum Teich, woselbst sie sich friedlich verabschiedeten und für den nächsten Tag (Sonntag) ein Stelldichein nächst dem Tramwayhäuschen auf dem Griesplatze verabredeten. Florian habe dann die Puntigamer Brauhausrestauration aufgesucht, wo er sich von 11½ bis 12 Uhr aufhielt. Von dort sei er durch die Triesterstraße in die von den Eheleuten Josef und Anna Müller betriebene Restauration, Triesterstraße 8, gegangen, woselbst er so lange blieb, bis die Wache erschien und die Sperrstunde verkündete (2 Uhr nachts). Dann sei er nach Hause gegangen. Bei der Tabakhütte an der Ecke des Karlauerplatzes seien ihm 5 singende slovenische Burschen begegnet, deren einer an ihn anstieß. Dies habe Anlaß zu einem Wortwechsel und zu einer Rauferei gegeben, bei der er die an ihm wahrgenommenen Kratzer davontrug. Zwanzig Minuten vor 3 Uhr sei er daheim angekommen, der alte

Roth habe ihm Licht gemacht, worauf er sich zu Bett legte. Sonntag den 13. Juli morgens habe er auf dem Griesplatz bis 9½ Uhr vergeblich auf Franziska Theiner gewartet.

So die Erzählung Florians. Die gegen ihn zunächst wegen Verbrechens des Mordes eingeleitete Voruntersuchung gab Anlaß, sich mit seiner Person und seiner Vergangenheit zu beschäftigen.

Florian wird vom Anstreichermeister Andreas, Griesgasse 21, bei dem er vom 13. Mai 1902 bis zu seiner Verhaftung in Arbeit stand, als sehr braver Arbeiter und anständiger Mensch geschildert, dem man nichts schlechtes nachsagen könne. Auch seine militärische Konduiteliste bezeichnet ihn als heiter, gutmütig und gegen Vorgesetzte gehorsam. Sein Kamerad Karl Talarek, von dem später die Rede sein wird, schildert ihn als einen „sehr lieben Mann", unterhaltend, gesprächig, witzig, der insbesondere lustige Geschichten vom Genusse der Weiber zu erzählen wußte. Sein Verderben war, wie aus seiner letzten Vorstrafe erhellt, seine tierische Sinnlichkeit, gepaart mit Grausamkeit gegen seine Opfer. Die 7jährige Strafe, aus der er am 6. Januar 1901 entlassen worden war, gründet sich auf das Leobner Urteil, dessen Vorgeschichte dem Leser bereits bekannt ist.

Nachdem Florian am 12. Juni 1901 aus der Theinerschen Wohnung, Strafhausgasse 27, weggezogen war, mietete er sich bei Roth, Herrgottwiesgasse 47, ein, woselbst er schon nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt bis zum 5. Februar 1901 gewohnt hatte. Dort blieb es bis 14. Dezember 1901. Vom 19. Dezember 1901 bis 11. April 1902 arbeitete er in der Emailfabrik bei St. Michael ob Leoben, vom 16. April bis 6. Mai 1902 beim Seifensieder Karl Stenitzer in Kindberg, kehrte dann nach Graz zurück und zog am 15. Mai 1902 wieder zu Roth.

Florian hat offenbar von der Strafanstalt aus schon Beziehungen zur Theiner angeknüpft, wie deren Gatte nun mit Recht vermutet. Dieser verbot ihm im Oktober 1901 sein Haus, weil sich Franziska Theiner über Florians Grobheit beklagt hatte. Trotzdem Theiner am 13. August 1901 nach Seiersberg und Florian am 14. Dezember 1901 nach St. Michael übersiedelt war, dauerte der Verkehr zwischen ihm und seiner Geliebten noch fort. Sie wechselten Briefe und am 3. April 1902 machte ihm Franziska Theiner schriftlich Vorwürfe, daß er sie immer anlüge. Eines Sonntags Mitte Juni 1902 nachmittags befand sich der Knecht

Peter Kranabetter bei ihr auf Besuch. Da erschien der Knabe Karl Böse über Florians Geheiß bei ihr und richtete ihr aus, daß die Hausmeisterin Elisabeth Ebner sie erwarte. Bald darauf erschien Florian selbst, sprach die Theiner vor Kranabetter mit „Du" an und verlangte von ihr den Kaffee, den sie für den Besuch kochte. Wie Florian selbst zugibt, hatte er die Botschaft der Ebner erdichtet, um mit der Theiner zusammenzukommen.

Eines Tages im Herbst 1901 erhielt sie den Besuch der Ebner. Plötzlich erschienen die Kinder mit der Nachricht, daß Florian da sei. Theiner erschrack und erbleichte. Um die Ursache befragt, erwiderte sie der Ebner: „Was liegt so einem Menschen daran, wenn er einem eine herunterhaut? Eingesperrt war er so wie so schon! Man ist hier draußen so allein, man kann nicht wissen was geschieht!" Nachdem die beiden Frauen das Haus verlassen hatten, erzählte ihnen die Hausfrau Rosina Schönherr, Florian habe der Theiner mit den Worten gedroht: „Wart' Kanaille, ich werd' Dir schon helfen!" Sie gingen dann bis zur Tramwayhaltestelle nach Puntigam. Aus der Brauhausrestauration kam Florian heraus und gesellte sich zur Theiner. Zwischen Beiden entspann sich ein Streit. Ebner hörte nur, wie Theiner zu Florian sagte: „Sie kecker Kerl, Sie gemeiner Kerl!" Zur Zeit der Verhandlung gegen Paul Toma behauptete die Theiner, dieser habe ihre Tochter mißbraucht. Im Herbst 1901 aber hielt sie ihren Bruder für unschuldig und Florian für den Täter.

Die Hausfrau Rosina Schönherr weiß, daß Florian seine Geliebte in Abwesenheit ihres Gatten sowohl an Sonn- als auch an Werktagen wiederholt besuchte. Im Oktober 1901 war sie zum erstenmal Zeugin eines Streites zwischen Florian und Franziska Theiner, die ihn ihr gegenüber wiederholt als schlechten Menschen bezeichnete. Ein Obersteirer erzählte ihr einmal, Florian habe in Leoben mit einer Wäscherin zusammengewohnt und diese eines Tages in die Mur geworfen. Er sei aber deshalb freigesprochen worden. Eine andre, 21jährige Geliebte soll er erhenkt haben. Eines Vormittages im Oktober 1901 war Schönherr im Begriffe, nach Graz zu gehen. Da sie Florian kommen sah und wußte, daß Theiner sich vor ihm fürchte, kehrte sie um und verständigte diese von Florians Ankunft. Theiner geriet in große Angst und bat, sie zu verstecken. Schönherr sperrte sie in den Keller ein, schloß die Haustür ab und bedeutete dem Florian, daß die Theiner

nicht daheim sei, worauf er sich entfernte. Als Schönherr gegen Mittag nach Hause gekommen war, erzählte ihr Theiner, daß Florian wieder dagewesen sei. Gegen 2 Uhr nachmittags erschien er neuerdings. Damals war gerade Frau Ebner zum Besuche da. Diese und Theiner flohen ins Haus, versperrten die Zimmertür und schlossen die Balken. Florian sah ihnen nach, fixierte die Schönherr, griff in die Hosentasche und krabbelte darin herum. Schönherr fürchtete, er könnte ein Messer ziehen und schrie um Hilfe. Florian entfernte sich, wandte sich dreimal um und drohte dreimal: „Wart', Kanaille, ich werd' Dir schon helfen!" Schönherr wußte auch, daß die Theiner im heurigen Sommer jeden Samstag um 6 Uhr abends sich entfernte. Sie gab an, ein Redakteur habe ihr eine Stelle verschafft, wo sie zwei Stunden schreiben müsse; hierfür bekomme sie zwei Kronen. Am 12. Juli 1902 sah Schönherr etwa um 6 Uhr abends die Theiner fortgehen. Sie trug ein dunkles Kopftuch, eine dunkle, lose Jacke, dunkelbraunen Lodenrock, eine Klothschürze, schwarze Schnürschuhe, goldene Ohrringe, eine wachsleinerne Tasche, ein Paket Wäsche und erkundigte sich, ob Frau Schönherr etwas aus der Stadt brauche.

Im März 1901 äußerte sich Florian einmal zu Felix Theiner, als von den verschiedenen Strafprozessen die Rede war, von denen er in der Strafanstalt gehört: „Wenn er jemand umbringt und es seien keine Beweise da, so kann ihm niemand was machen und er muß frei gehen; auf den bloßen Verdacht hin könne ihm nichts geschehen."

Florian mochte hier wohl an seinen Freispruch in Leoben gedacht haben.

Der Brauereiarbeiter Karl Repnik fischte öfters in der Mur. Wiederholt hatte er die ihm persönlich bekannten Florian und Theiner auf dem Fußsteig neben der Mur bis zur Hauptallee nach Puntigam herumstreichen sehen. Am 12. Juli 1902 gegen 9½ Uhr abends ging er von Feldkirchen auf der Reichsstraße zur Puntigamer Brauerei. Bevor er zur Finanzkaserne kam, traf er auf Franziska Theiner. Etwa 50 Schritte hinter ihr folgte Florian. Nachdem Repnik an beiden vorüber war, wandte er sich um und bemerkte, daß Florian ein schnelles Tempo einschlug, bis er die ihn erwartende Theiner erreichte und dann mit ihr den Weg auf der Reichsstraße in der Richtung nach Feldkirchen fortsetzte.

Der Leiter der Reininghausschen Mälzerei August Brunner

verließ etwas vor 10½ Uhr abends das Schleichsche Gasthaus in Straßgang, das an der rechten Seite der gegen Feldkirchen führenden Reichsstraße liegt. Während er sich auf die linke Seite begab, hörte er rechts etwas vorüberhuschen. Es war dies ein Geräusch, wie wenn jemand einen vollen Sack über die Straße schleifen würde. Als er sich umwendete, erblickte er eine Gestalt, die ihm in der Entfernung wie eine Mönchsgestalt vorkam, von der rechten auf die linke Seite der Reichsstraße hinüberhuschen. Er folgte der rätselhaften Erscheinung bis auf 2 m und unterschied zwei Gestalten, einen großen, kräftigen Mann, der mit der linken Hand eine mittelgroße Frauensperson am rechten Arme zog. Sein linker Arm war unter ihren rechten Arm geschoben. Der Mann zerrte die scheinbar Widerstrebende mit sich fort. Das Paar ging auf der Reichsstraße in der Richtung des Weges, der von der Reichsstraße zur Behausung der Theiner nach rechts abzweigt. Das Frauenzimmer trug in der linken Hand einen dunkeln Gegenstand, der wie eine Tasche oder wie ein Handkorb aussah, trug einen dunkeln Rock und eine dunkle Jacke und etwas dunkles auf dem Kopfe. Der Mann, dessen Gesicht Brunner deutlich sah, trug lichte Beinkleider und ein dunkles Oberkleid, außerdem nahm Brunner einen starken buschigen Schnurrbart wahr. Nach Vorstellung Florians erkannte Brunner in ihm mit voller Bestimmtheit jenen Mann.

In der Zeit zwischen 10 und 11 Uhr abends saßen die Gehilfen Karl Pustenar und Johann Hellebrand im Hofe der Mayerschen Schmiede in Feldkirchen. Plötzlich hörten sie von der Ferne her zwei bis dreimal „Auweh! Auweh!" rufen. Diese Hilferufe klangen ganz schwach, kaum noch vernehmbar und ließen nicht unterscheiden, ob sie von einer Frauen- oder Männerstimme herrührten. Die beiden Burschе traten auf die Straße und horchten, allein alles war still. Als sie am folgenden Tage von der Ermordung Theiners erfuhren, zweifelten sie nicht, daß die Hilferufe von der Erwürgten herrührten.

Aus den Aussagen Brunners und Repniks folgt, daß Florians Verantwortung, mit Theiner die Reichsstraße nicht betreten zu haben, falsch sei. Seine Behauptung, er habe mit Theiner den Fußweg längs der Mur eingeschlagen, soll offenbar glauben machen, daß er sie schon unterwegs hätte beseitigen können, wenn er sie überhaupt töten wollte. Nach den Er-

hebungen des Gendarmerie-Wachtmeisters und des zugezogenen Geheimpolizisten ist der Weg zur Pulverstampfe mit Gras bewachsen und der Pfad so schmal ausgetreten, daß er nur Raum für eine Person gewährt. Wären zwei Personen nebeneinander gegangen, so hätte das Gras längs des Pfades niedergetreten sein müssen, was durchaus nicht der Fall war. An der angeblichen Stätte des Beischlafes fanden die beiden Sicherheitsorgane keinerlei Spuren im Grase, was im Zusammenhalt mit dem gerichtsärztlichen Gutachten zum Schlusse drängt, daß ein Beischlaf damals überhaupt nicht gepflogen wurde. Von der Pulverstampfe führte Florian die beiden Sicherheitsorgane anfänglich den Weg zur Theinerschen Wohnung in Seiersberg. Merkwürdigerweise bog er in der Nähe der Reichsstraße plötzlich nach rechts ab und führte sie zur Puntigamer Allee zurück. Es ist nun ganz unglaubwürdig, daß Florian und Theiner diesen Umweg gemacht haben. Die unwahre Schilderung der eingeschlagenen Wege wäre ganz überflüssig, falls Florian wirklich nichts zu fürchten hätte.

Ebenso unwahr ist seine Verantwortung, daß er sich die Kratzer bei einer Rauferei zugezogen habe. Es wurden diesfalls vom Untersuchungsrichter und von der Polizei die umfassendsten Erhebungen gepflogen, welche mit mathematischer Gewißheit ergaben, daß diese Rauferei überhaupt nicht stattgefunden habe, sondern von Florian erfunden worden sei, um sich zu entlasten. Die Zeugen Anton Hasiba, Bartholomäus Stefan, Franz Klug, Andreas Krainer, Johann Brugner, Veit, Agnes und Konrad Gollob, Karoline Kornberger, Maria Sebernegg, Peter Malik und Anton Leschanofsky bestätigen mit voller Sicherheit, der letztere unter Eid, daß sie diesen Raufhandel hätten hören müssen, wenn er überhaupt stattfand. Leschanofsky, ein alter Mann, konnte in jener Nacht nicht schlafen. Er stand um Mitternacht auf und rauchte bis gegen 1½ Uhr früh, zum offenen Fenster gerade auf jenen Platz schauend, auf dem die Rauferei stattgefunden haben soll, seine Pfeife. Erst gegen 2¼ Uhr schlief er ein. Gegen 2 Uhr zogen 2—3 Burschen etwas lauter sprechend vorüber. Sie redeten deutsch. Von einer Rauferei, ja auch von Lärm keine Spur.

Die Geschichte von der Rauferei ist nur ersonnen, um den Verdacht zu zerstreuen, daß die unglückliche Theiner, als Florian sie erwürgte, durch Kratzen sich gegen ihren Mörder wehrte, wie

denn auch die Form der Kratzer deutlich erweist, daß sie nicht von einer Männerhand herrühren.

Unwahr ist auch Florians Verantwortung, daß er am Morgen des 13. Juli 1902 die Theiner eine Stunde lang auf dem Griesplatz erwartete. Die beiden mehrerwähnten Sicherheitsorgane suchten ihn um jene Zeit daselbst, ohne ihn zu finden. Der junge Alois Roth erzählt, daß Florian am 13. Juli 1902 wie gewöhnlich um 7 Uhr früh aufstand. Beim Frühstück fragte ihn Roth, wo er die Kratzer am Halse und an der Hand her habe. Florian gab sofort die Geschichte von der Rauferei zum besten und begab sich um $7^1/_2$ Uhr früh mit Alois Roth ins Appelsche Gasthaus in der Andrägasse, von dort ins Gasthaus zur weißen Rose in derselben Gasse, dann von dort durch die Annenstraße und Neutorgasse in die Schmiedgasse, wo Roth Einkäufe besorgte, endlich von dort ins Gasthaus zum Roten Turm in der Herrengasse, das Roth zwischen $9^1/_2$ und 10 Uhr verließ, während Florian noch zurückblieb. In dieser ganzen Zeit verließ Roth den Florian nicht einen Augenblick. Es ist daher ganz unmöglich, daß dieser auf dem Griesplatz die Theiner erwartet hätte.

Die Unwahrheit dieser Behauptung Florians erhellt aber auch aus der Aussage des alten Roth. Dieser stand um $4^1/_2$ Uhr früh auf und ging in die Küche. Er sah Florian im Bette liegen und bemerkte, daß sein Hals ganz zerkratzt war. Als Florian um $5^1/_2$ Uhr erwachte, fragte ihn Roth nach dem Ursprung der Kratzwunden, worauf Florian das Märchen von der Rauferei erzählte. Etwa um $6^3/_4$ kam Roth ins Geschäft des Kaufmanns Heinrich Klepp, Herrgottwiesgasse 51, der ihn fragte, ob er schon wisse, daß die Geliebte des bei ihm wohnhaften Florian, die ihnen allen bekannte Franziska Theiner, in Puntigam ermordet worden sei, worauf Roth erwiderte, er wisse nichts davon.

Nach seiner Heimkehr teilte Roth die Neuigkeit sofort dem Florian mit, der sie ganz ruhig und ohne jegliches Erstaunen mit dem Worte: „So?" zur Kenntnis nahm. Es ist also erwiesen, daß Florian schon vor seinem Ausgang Kunde vom Tode der Theiner besaß, woraus folgt, daß er sie nicht eine Stunde später auf dem Griesplatz erwartet haben kann. Als Florian um 11 Uhr vormittags nach Hause kam, entglitten der Frau Theresia Roth unwillkürlich die Worte: „Passen Sie auf, Sie werden heute noch abgeholt werden!" worauf Florian ent-

geguete: „Warum soll ich abgeholt werden? ich weiß nichts davon.“ Tatsächlich wurde Florian zwei Stunden später abgeholt. Beim Erscheinen des Geheimpolizisten zeigte er sich sehr erschrocken, es zuckte ihm um den Mund. Der Geheimpolizist gedachte sofort des Falles Toma und wandte sich noch an demselben Tag an Aloisia Toma. Sie gestand, daß Florian und nicht Paul Toma es „damals mit ihr getrieben“ habe, daß sie aber ihren Oheim beschuldigte, weil Florian ihr gedroht habe, wenn sie ihn und nicht den Paul Toma angäbe, würde er sie umbringen und dann sich aufhängen. Die Mitteilungen dieses Mädchens, dessen Geschick soviel Ähnlichkeit mit der leider seither verstorbenen Maria Hacker aufweist, sind von der größten Bedeutung. Sie machte auch während der Voruntersuchung den Eindruck, als ob sie noch immer unter dem Banne Florians stünde. So oft sie bei der Gegenüberstellung mit ihm vor dem Untersuchungsrichter von Florian angesprochen wurde, schrack sie zusammen. Sie gab folgendes an:

Im Sommer 1901 erwartete Florian Franziska Theiner auf der Stiege des Hauses Strafhausgasse 27. Er war damals auf einen jungen Mann eifersüchtig und stellte sie darob zur Rede, versetzte ihr mehrere Schläge ins Gesicht, verfolgte sie ins Zimmer und schlug sie mit einem Regenschirme auf Kopf und Rücken. Die Theiner wehrte sich und zerkratzte ihm das Gesicht. Dies sah sowohl Aloisia als auch ihr jüngerer Bruder Ferdinand.

Im Herbste 1901, schon in Seiersberg, erschien er eines abends gegen 6 Uhr und lauerte der im Abort befindlichen Theiner auf. Als diese die Tür öffnete, warf er ihr eine Schlinge um den Hals und suchte sie zu erwürgen. Theiner riß aus, zeigte, nachdem sich Florian durch die Gartentür entfernt hatte, ihrer Tochter einen roten Streifen am Hals und verbarg die Schnur in einer Wäschelade. Aloisia Toma übergab den Strick der Gendarmerie, die ihn dem Gerichte vorlegte.

Am 15. Juni 1902, es war dies am Tage des Besuches Kranabetters, kam Theiner abends mit zerrauften Haaren, zerrissenem Hemde, die Röcke und Schürze voll Kot, nach Hause und erzählte ihrer Tochter und ihrem Sohne Ferdinand nach dem Schlafengehen, daß Florian ihr im Triesterhof aufgelauert und sie mit einem Stock geschlagen habe. Sie hatte auch eine Beule auf der rechten Seite des Scheitels.

Drei Wochen vor ihrem Tode äußerte Theiner zu ihrer Tochter:

„Wenn ich einmal ermordet aufgefunden werde, hat es niemand getan als Florian!"

Über die Sittlichkeitsdelikte macht Aloisia Toma folgende Angaben: Anfangs März 1901 griff ihr Florian, als sie gerade ihre jüngste Schwester Lisl lockte, unter die Röcke. Einige Zeit darauf schlich Florian nachts zu ihrem Bette und griff mit der Hand auf ihre Geschlechtsteile. Dies wiederholte er öfters. Eines Tages nachmittags war Aloisia Toma allein zu Hause. Kurz nach 4 Uhr erschien Florian in der Küche und erkundigte sich nach der Mutter. Aloisia erwiderte, die Mutter sei ausgegangen. Darauf packte er sie schweigend, legte sie auf das in der Küche stehende Bett der Mutter, hob ihr die Röcke und das Hemd auf, legte sich auf sie, zwängte ihr die Beine auseinander und steckte ihr etwas Hartes in die Geschlechtsteile. Sie empfand Schmerzen und bat ihn, sie loszulassen. Am Abend behauptete Florian zur Mutter, daß Paul Toma der Aloisia unter die Röcke gegriffen hätte. Am folgenden Tage flüsterte Florian der Aloisia ein, sie dürfe von dem, was er mit ihr gemacht, niemand etwas sagen, sonst erschlage er sie und die Mutter und hänge sich auf. Sollte etwas herauskommen, so soll sie nur sagen, Paul Toma sei es gewesen. Diese Drohung wiederholte er öfters, und zwar auch unmittelbar vor ihrer Einvernehmung bei der Polizei und bei Gericht. Aus Furcht vor Florian habe sie sowohl bei der Polizei Ende April als auch bei ihren gerichtlichen Einvernehmungen am 7. und 23. Mai 1901 die falschen, verläumderischen Aussagen gegen Toma gemacht, die zu seiner Verhaftung und zur Anklage führten. Erst nach der Verhandlung gestand Aloisia ihrer Mutter, die damals gerade von Florian geschlagen worden war, die Wahrheit.

Die Angaben des Mädchens werden durch die Aussagen der Sträflinge Jakob und Martin bestätigt. Florian gesteht nur, der Aloisia Toma im Sommer 1901 auf die nackten Oberschenkel gegriffen zu haben.

Im Strafverfahren gegen Paul Toma wurde er zweimal, am 23. Mai und 21. Juni 1901 unbeeidet gerichtlich als Zeuge vernommen. Er behauptete, mit Aloisia Toma keine „Unzüchtigkeiten" getrieben zu haben. Bei der Hauptverhandlung ermahnte ihn der Vorsitzende ausdrücklich, die Wahrheit zu sagen und in allen jenen Punkten, die etwa den Gegenstand seiner Vorstrafen oder die eigene Sache betreffen, um Nichtbefragung zu ersuchen. Trotzdem

erklärte Florian, daß er weder zur Franziska Theiner, noch zur Aloisia Toma in geschlechtlichen Beziehungen gestanden habe.

Eines Tages bekannte Aloisia Toma in Gegenwart ihres Bruders Ferdinand dem Vater unter Tränen, daß sie bei Gericht die Unwahrheit gesagt und daß Florian sie dazu angestiftet habe.

Über den Fall Hacker macht Aloisia Toma merkwürdige Enthüllungen, an deren Glaubwürdigkeit nicht zu zweifeln ist, weil sie mit den Leobener Akten, deren Inhalt dem Mädchen nicht bekannt sein konnte, im wesentlichen auffallend übereinstimmen und weil sie die Details lange vor dem Tode der Mutter dem Ferdinand Theiner anvertraute.

Eines Abends, noch in der Strafhausgasse, saßen Florian und Franziska Theiner in der Küche beisammen. Florian begann von seiner früheren „Bettfrau" in Leoben zu erzählen und bemerkte, daß sie sehr schlecht war und mit ihm viel herumgestritten habe. Nach einer Weile schickte Florian die Aloisia ins Zimmer und schloß die Türe. Das Mädchen horchte. Florian schilderte einen Streit mit der Leobner Bettfrau, weil sie ihm vom Markte um 10 Kreuzer zu wenig zurückgebracht hatte. Hierüber sei er sehr zornig geworden, habe sie geprügelt und ihr die Weinflasche, die sie trug, ins Gesicht geworfen. Die Bettfrau, eine Wäscherin, habe sich darauf mit der Wäsche entfernt, er sei ihr gefolgt, auf einer Brücke sei ihr schlecht geworden, er habe sie von der Brücke auf einen Promenadenweg längs der Mur bis zum Wasser geführt und dann in die Mur geworfen. Florian leugnet das geheime Gespräch mit der Theiner nicht ab, allein er will ihr nur mitgeteilt haben, daß die Bettfrau ihm um 10 Kreuzer zu wenig vom Markt gebracht und daß sie, als sie hierüber in Streit geraten waren, die Weinflasche ihm zum Kopf geworfen habe. Alles übrige bezeichnet er als Erfindung. Auch die Mißhandlungen und Bedrohungen der Theiner und Toma stellt er in Abrede.

Über die Art seines Verkehrs mit Weibern kann auch seine zweite Geliebte, die er neben Franziska Theiner besaß, die Kellnerin Maria Rem, ein älteres häßliches Frauenzimmer, Auskunft geben. Ungefähr Mitte Mai 1901 lernte sie Florian kennen, wohnte mit ihm 4 Wochen zusammen bei Roth und unterhielt mit ihm drei Monate lang rege geschlechtliche Beziehungen. Nachdem Maria

Rem vor Florian als einem schlechten Menschen gewarnt worden war, schlug sie ihm eines Abends im August 1901 seine Bitte, mit ihr schlafen gehen zu dürfen, ab. Aus Zorn darüber versetzte er ihr im Café Meran ein paar Ohrfeigen, die er später in der Brückenkopfgasse wiederholte, bis der Maria Rem über ihr Geschrei Leute zu Hilfe kamen. Florian verließ sie darauf mit der Drohung: „Ich werde dich schon einmal in meine Hände kriegen!“ Sonntag, den 13. Juli 1902 kam er etwa um 10 Uhr vorm., also nachdem er Alois Roth verlassen hatte, in das Gasthaus Andrägasse 8, wo sie damals bedienstet war und sprach einige Worte mit ihr.

Wie schon früher erwähnt, arbeitete Florian vom 19. Dezember 1901 bis 11. April 1902 in der Emailfabrik „Austria“ in St. Michael ob Leoben. Dort verkehrte er viel mit dem bereits genannten Karl Talarek, der an seiner witzigen Unterhaltung und an seiner Schilderung galanter Abenteuer großen Gefallen fand. Abends pflegten beide Kameraden Spaziergänge zu machen. Eines Samstags erzählte Florian dem Talarek, daß er am Tage vor Verlassen der Fabrik mit einem Weibsbild spazieren gegangen sei, ihr Schnaps gezahlt und sie dann fleischlich gebraucht habe. Am 10. April 1902, also unmittelbar vor seiner Abreise aus St. Michael, hatte er mit Talarek einen der üblichen Spaziergänge gemacht. Dieser kam schon gegen 6 Uhr abends allein zurück; erst um 10 Uhr erschien Florian in der gemeinschaftlichen Wohnung bei der Gastwirtin Helene Maier. Der Kellnerin Margarethe Fahrenberger fiel seine Erregung auf. Er schuldete ihr noch einen Betrag von 24 K. Da sie durch Talarek erfuhr, daß Florian am nächsten Tage St. Michael zu verlassen beabsichtige, wandte sie sich ans Gemeindeamt um Hilfe. Dort erfuhr sie aber, daß Florian ein oft abgestraftes Individuum sei, weshalb sie ihn aus Furcht ziehen ließ.

Am nächsten Tage, 11. April 1902, 9 Uhr vormittags, wurde im Kanal der Holzstofffabrik Felden bei St. Michael ob Leoben die Leiche der etwa 40jährigen Anna Reich, der Zuhälterin eines Leobner Arbeiters, gefunden, die sich seit einigen Tagen in St. Michael aufgehalten hatte. Die Leiche war auf den Kopf gestellt, die Kleider über dem Kopf zusammengeschlagen, das Oberkleid zerrissen. Damals dachte man an einen Unglücksfall oder an einen Selbstmord. Erst nach der Verhaftung Florians lenkte sich der

Verdacht auf ihn und die Staatsanwaltschaft veranlaßte die Ausgrabung der Leiche und am 2. September 1902 deren Obduktion. Der Befund lieferte jedoch wegen hochgradiger Verwesung des Leichnams ein vollständig negatives Ergebnis.

Florian arbeitete bis 13. April 1902 bei Johann Aschenwald in St. Michael, vom 16. April bis 6. Mai 1902 beim Seifensieder Karl Stenitzer in Kindberg. Von dort begab er sich nach Graz, woselbst er sich, Arbeit suchend, herumtrieb, einige Nächte im Asyl, Heinrichstraße 36, zubrachte und am 15. Mai bei Roth Wohnung suchte, die er endgültig am 18. Mai 1902 bezog.

Ein verhängnisvoller Zufall fügte es, daß gerade zu der Zeit, in der er sich auf der Reise von Graz nach Kindberg befand, am 8. Mai 1902 die 46jährige, ganz einsam hausende Hubenpächterin Agathe Rottenmanner in Foirach, Gem. Niklasdorf bei Leoben, durch Messerschnitte in Hals und Bauch, vermutlich nach einem Geschlechtsakte, ermordet wurde.

Der auf Florian geworfene Verdacht des Mordes an Agathe Rottenmanner hat sich behoben, da Florian am 8. Mai 1902 schon in Graz gewesen sein muß. Sein Alibi war daher erwiesen. Auch wegen Mordes an Anna Reich konnte die Anklage nicht erhoben werden; denn hat die Untersuchung den Verdacht gegen Florian auch nicht behoben, so lag weder ein positiver Beweis vor, noch vermochte der objektive Befund festzustellen, daß Anna Reich durch fremde Hand ums Leben gekommen war.

Schwieriger zu lösen war die Frage, ob eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens wegen des Freispruches vom Mord an Johanna Hacker auf Erfolg rechnen konnte. An neuen Beweismitteln fehlte es nicht. Die Aussage der Aloisia Toma sprach beredt genug. Obgleich die Schilderung vom Horchen an der Türe, vom Erlauschen der Enthüllungen Florians über den Tod der Johanna Hacker abenteuerlich und romanhaft klang, so mußte die Übereinstimmung der Angaben des Mädchens mit dem Inhalte der Leobener Akten, insbesondere mit dem objektiven Befunde, überraschen. Die Obduktion hatte drei parallel verlaufende Kopfwunden ergeben, erzeugt durch wuchtige Hiebe mit einem stumpfen Werkzeug. Nach der Erzählung Aloisiens soll Florian der Johanna Hacker die Weinflasche ins Gesicht geworfen haben. Vorausgegangen sei ein Streit, weil sie ihm vom Markte zehn Kreuzer zu wenig herausgebracht. Wie Maria Heinrich Florian und

Johanna das letztemal gesehen, schien es ihr, als ob beide stritten. Nach Aloisias Schilderung hätte Florian die Johanna von der Brücke bis ans Wasser geführt. Tatsächlich hatte der Zeuge Michael Kößler am 2. August 1894 die beiden auf der Bahnhofbrücke gesehen, von der ein Weg längs der Mur in den Stadtpark führt. Alles stimmte genau. Die Fälle Theiner und Hacker glichen sich in allen Details mit photographischer Treue, so daß der eine als Beweismittel für den andern dienen konnte. Hier wie dort ein Verhältnis mit einer verheirateten Frau, hier wie dort Mißhandlungen und Drohungen. Hier wie dort Sittlichkeitsverbrechen an der unmündigen Tochter des Opfers. Hier wie dort erpresserische Drohungen gegen die Tochter, um die Unterlassung der Strafanzeige zu erzwingen. Hier wie dort schließlich der Tod des gequälten Opfers, um die gefährlichste Zeugin, die Mitwisserin schwerer Verbrechen, für immer stumm zu machen.

Und dennoch blieb es mehr als fraglich, ob die Geschworenen sich würden überzeugen lassen, daß Johanna Hacker nicht durch Selbstmord geendet. Man kennt die Unzuverlässigkeit der Assisen, man kennt ihren Gedankengang. Selbst der Überzeugung von der Täterschaft Florians hätte sich die Unanfechtbarkeit des Einwandes gegenübergestellt, daß der Täter nur einmal justifiziert werden könne, daß es genüge, ihm ein Kapitalverbrechen aufzulasten. Und dann die Beweise selbst! Ein Hauptzeuge, die arme Marie Hacker, war tot. Lebten andere Zeugen noch? Waren sie zu finden? Zunächst Kößler, ein Bergarbeiter, heute da, morgen dort? War die Erinnerung der Zeugen nach so langer Zeit verläßlich? — Und dann die Kompetenzfrage. Zur Bewilligung der Wiederaufnahme in Sachen Hacker war der Leobener Gerichtshof zuständig. Nach den Grundsätzen der Konnexität hätte ihm der ganze Komplex des neuen Verfahrens abgetreten werden müssen. Wär es zweckmäßig gewesen, mit seiner Beurteilung die Leobener Geschworenen zu befassen, denen die örtlichen Verhältnisse im Falle Theiner ebensowenig bekannt waren, als die Leobener Verhältnisse den Geschworenen in Graz? Eine Teilung aber, die Überlassung des Falles Hacker an Leoben, des Falles Theiner an Graz, hätte den Gesamteindruck zerstört und die Findung der Wahrheit beträchtlich erschwert. Aus allen diesen Gründen entschloß man sich, auf die Wiederaufnahme des Falles Hacker zu verzichten.

Die Staatsanwaltschaft in Graz erhob daher gegen Florian die Anklage wegen

1. Verbrechens der Schändung, begangen dadurch, daß er im März und April 1901 die am 20. Juni 1887 geborene Aloisia Toma wiederholt zur Befriedigung seiner Lüste geschlechtlich mißbraucht,
2. Verbrechens der Notzucht an Aloisia Toma,
3. Verbrechens der gefährlichen Drohung und Erpressung an Aloisia Toma, verübt im April 1901, in der Absicht, sie in Furcht und Unruhe zu versetzen und die Unterlassung der Anzeige wegen Schändung und Notzucht zu erzwingen,
4. Verbrechens des Betruges, weil er ein von Aloisia Toma in der Strafsache gegen Paul Toma wegen Notzucht und Schändung am 7. und 23. Mai 1901 abgelegtes falsches gerichtliches Zeugnis vorsätzlich veranlaßte,
5. Verbrechens der Verleumdung, weil er die Aloisia Toma verleitete, ihren Oheim Paul Toma wegen der angedichteten Verbrechen der Notzucht und Schändung bei der Obrigkeit anzugeben, wobei sie den Oheim einer größeren Gefahr ausgesetzt,
6. Verbrechens des falschen gerichtlichen Zeugnisses, abgelegt vor dem Landesgerichte Graz in der Strafsache gegen Paul Toma am 23. Mai und 21. Juni 1901,
7. Verbrechens des gemeinen Mordes, begangen dadurch, daß er am 12. Juli 1902 nachts gegen Franziska Theiner, geborene Toma, in Tötungsabsicht durch Erwürgen auf eine solche Art gehandelt, daß daraus ihr Tod erfolgte.

Die Hauptverhandlung fand vor dem Schwurgericht in Graz am 7. November 1902 statt. Florian machte keinen übeln Eindruck. Ein langer, blonder, wohlgepflegter Schnurrbart verlieh ihm ein martialisches Aussehen, dagegen blickte aus seinen blauen Augen nichts weniger als Mordlust oder Grausamkeit; er sah recht traurig drein und auch sein Organ hatte keinen rauhen Klang. Er leugnete ganz entschieden, gestand nur Betastungen der Aloisia Toma und verriet in seinen Antworten eine Zähigkeit, die dem sehr günstigen Eindruck des Mädchens die Wagschale hielt.

Der Verteidiger protestierte gegen die Vorlesung des freisprechenden Teiles jenes Erkenntnisses, das einst der Leobener Schwurgerichtshof gefällt und jenes Teiles der Leobener Anklageschrift, der sich mit dem Mord an Johanna Hacker beschäftigt.

Der Staatsanwalt[3]) erwiderte hierauf, daß die Vorlesung des Urteiles in seiner Gänze durch das Gesetz (§ 252 St.P.O.) geradezu vorgeschrieben sei. Da die Geschworenen ihren Wahrspruch nicht zu begründen haben, so sei es unerläßlich, zum Zwecke des Verständnisses den Wahrspruch durch das in der Anklageschrift zusammengefaßte Tatsachenmaterial zu ergänzen. Um aber auch den Schein der Stimmungsmacherei zu vermeiden, begnügte sich der Staatsanwalt mit der chronologischen Aufzählung der Ereignisse unter Weglassung aller an den Sachverhalt geknüpften Schlußfolgerungen. Der Staatsanwalt wies auf die verblüffende Gleichheit der Fälle Hacker und Theiner hin und bemerkte, daß das Verschweigen des Leobener Falles eine die Wahrheitserforschung erschwerende Lücke des heutigen Verfahrens bilden würde, deren Ausfüllung durch die Wiederaufnahme des den Tod der Johanna Hacker betreffenden Verfahrens aus nicht hierher gehörigen Gründen leider nicht möglich sei.

Der Gerichtshof entschied im Sinne des staatsanwaltschaftlichen Antrages, wogegen der Verteidiger sich die Nichtigkeitsbeschwerde vorbehielt.

Der Hauptverhandlung gelang es weder über das Motiv zum Mord an Franziska Theiner, noch über die Art der Tatverübung Klarheit zu schaffen. Soviel stand fest, daß die Art der Vollbringung einen Rückschluß auf das Motiv und umgekehrt dieses einen Rückschluß auf den Vorgang beim Mord gestatten ließe. Raubmord von fremder Hand kam angesichts der gegen Florian vorliegenden Beweismittel nicht in Betracht. Wer wußte, daß Theiner um diese Stunde des Weges kommen würde? Eines Fremden hätte sich das robuste Frauenzimmer erwehrt, das sich übrigens schon in der Nähe seiner Wohnung befand. Raubmord durch Florian war gänzlich ausgeschlossen. Er galt im allgemeinen als anständiger Mensch. Außer geringfügigen Übertretungen weist sein Vorleben nur ein Verbrechen auf: in seiner Jugend stahl er mit einem Kameraden einem Hadernsammler Knochen. Seither ließ er fremdes Eigentum unangetastet und erwarb sein tägliches Brot auf redliche Weise. Unaufgeklärt blieb, ob er die Leiche der Schuhe und des Oberkleides entledigte, um einen Raubmord glaub-

[3]) Der Zufall fügte es, daß der Verfasser dieser Besprechung sowohl die Leobner als auch die Grazer Anklageschrift gegen Florian verfaßte und vertrat.

haft zu machen und die Spur von sich abzulenken; unaufgeklärt, ob die Theiner selbst, um den Beischlaf bequemer zu gestalten, die Kleidungsstücke abgelegt; unaufgeklärt, ob Florian Kleid und Schuhe in den nahen Teich geworfen oder ob ein Vorübergehender sie der Leiche gestohlen hat, was sehr unwahrscheinlich ist; unaufgeklärt endlich, ob dem Mord ein Geschlechtsakt vorausgegangen, ob er von Florian verlangt, von Theiner verweigert oder ob der Mord verübt wurde, während sie sich zum Beischlaf zurechtlegte. Zweifellos hat Florian sein Opfer, dem er schon einmal den Strick um den Hals gelegt und das sich durch Kratzen heftig wehrte, erwürgt, vielleicht, nachdem er Theiners Gesicht mit einem Tuch verhüllt, um Hilferufe zu unterdrücken. Ob die Tat am Fundorte der Leiche geschah oder ob Florian die Leiche nach dem Acker schleifte, ließ sich nicht sicherstellen. Florian leugnete das Betreten der Reichsstraße und erklärte die Aussage des Zeugen August Brunner für unwahr. Daß er die Kratzer bei der angeblichen Rauferei, von der niemand etwas gehört oder gesehen hatte, davongetragen, behauptete er mit jener Zähigkeit, die seiner Verantwortung unleugbar einen günstigen Eindruck aufprägte. In einem Punkte wich die Hauptverhandlung vom Vorverfahren ab: es ergaben sich Zweifel, ob die Theiner am letzten Abend ihres Lebens Ohrringe getragen, die bekanntlich an der Leiche vermißt wurden.

Höchst wahrscheinlich ging dem Mord ein Zank voraus. Entweder hat Theiner dem wollüstigen Florian den Beischlaf verweigert, da sie damals an den menses litt, hierdurch den Zorn Florians entfesselt und seine geschlechtliche Erregung gesteigert; oder aber, sie gab Florian Grund zur Besorgnis, daß sie seine Geheimnisse verraten könnte. Hat doch die Kellnerin bei Hauser, kaum einige Stunden vor Theiners Tode, gehört, wie Florian dieser drohend zurief: „Du kennst so alle, bist so eine Tratschen!“ Aus der Aussage Brunners folgt, daß Florian die widerstrebende Theiner nicht ohne Gewalt über die Reichsstraße zog. Es mag zu Vorwürfen gekommen sein, zur Drohung mit Verrat, mit Anzeige. Franziska Theiner wußte gar vieles, was Florian unangenehm war. Sie kannte seine Verbrechen an ihrer Tochter, an Johanna Hacker, vielleicht auch an Juliana Reich. Es lohnte der Mühe, die Mitwisserin so vieler Geheimnisse, die wichtigste Zeugin für so viele Verbrechen, auf immer stumm zu machen.

Minder wahrscheinlich ist ein sexuelles Motiv, Lust an Grausamkeit, Masochismus, Sadismus.[4]) Das Enttragen des Oberkleides und der Schuhe könnte von Fanatikern der sexuellen Pathologie als Fetischismus gedeutet werden. Florian hat auch die Maria Rem geprügelt, weil sie sich weigerte, mit ihm zu schlafen. Er verrät nicht den leisesten krankhaften Zug, nicht die Spur von Exaltation, Perversität oder Neurasthenie. Auch Alkoholiker war er nicht. Daß er am Ausgange der Woche trank, stempelt ihn nach seinem Milieu und nach seinem Körperbau nicht zum Trinker. Die Räusche, die er vor seiner Verhaftung in Leoben und in Graz sich gönnte, lassen sich gar wohl erklären. Im tiefsten Innern wußt' er, daß er sich nur mehr kurze Stunden der Freiheit werde freuen können. Noch einmal ein Rausch, vergessen, genießen! Der Rausch ist für so viele seiner Standesgenossen, für so breite Gesellschaftsschichten noch immer das einzige Vergnügen nach des Tages Last und Mühen. Allein der Rausch kostet Geld und das trübt die Freude. Dagegen das andere Vergnügen, von dem Florian seinem Kameraden Karl Talarek so witzige Geschichten zu erzählen wußte, das kostet nichts. Noch immer gilt Diderots Wort: Et puis c'est le seul plaisir, qui ne coûte rien; on se console pendant la nuit, sans frais, des calamités du jour." Sans frais! Macht man es wie Florian, dann kostet es allerdings den Kopf. In seinem Charakter prägt sich die Sinnlichkeit in ihrer rohesten Form aus. Nichts von Verfeinerung, nichts von Veredelung. Zärtliche Regungen, Mitleid, Gefühl waren ihm vollkommen fremd; für jene Ritterlichkeit, die vor Mißhandlungen wehrloser Weiber zurückschreckt, mangelte ihm jegliches Verständnis. Nur ein Gefühl regte sich von Zeit zu Zeit in ihm: jenes der Eifersucht. Es mag dies paradox erscheinen, da Florian weder wählerisch war, noch Grund hatte, auf seine Eroberungen eitel zu sein. Das unterwürfigste Sklaventum des Weibes schien ihm selbstverständlich, schien ihm Naturgesetz. Vielleicht entstammte seine Eifersucht dieser Auffassung vom Weib als einem Gegenstande, als einem Stück Vieh, das man erwirbt, er-

[4]) Im sehr lesenswerten Buche von Dr. Friedrich Scholz, „Die moralische Anästhesie", Leipzig 1904, S. 104, finden wir den Satz: „Mord nach dem Geschlechtsakt, um nicht verraten zu werden, ist kein Lustmord." Hier gestatten wir uns, auch auf das vorzügliche Buch von Dr. Theodor Tiling, „Individuelle Geistesartung und Geistesstörung", Wiesbaden 1904, aufmerksam zu machen.

beutet, erkämpft und das dann dem Käufer, dem Räuber, dem Sieger „gehört". Dann allerdings: Guai a chi la tocca! Vielleicht verschafften ihm seine Weiber Genüsse, deren er bei anderen entbehren mußte und die er anderen Männern mißgönnte. Von Novalis, dem romantischen Dichter der „blauen Blume" stammt der Ausspruch: „Sonderbar, daß der eigentliche Grund der Grausamkeit Wollust ist." In Florians Charakter treffen die beiden Affekte typisch zusammen. Er hielt sich an Frauen von vorgerückterem Alter, mit Vorliebe an verheiratete Frauen und an Kinder im Alter unter 14 Jahren. Ich kenne seit vielen Jahren einen Menschen, der nun die vierte Kerkerstrafe wegen Notzucht an Greisinnen verbüßt. Bei seiner ersten Abstrafung zählte er etwa 17 Jahre. Ein ganz normaler Mensch, strotzend von Gesundheit und Körperkraft, ohne die geringste krankhafte Veranlagung. Als Motiv zu seinen abscheulichen Verirrungen gab er mit zynischer Aufrichtigkeit seine Furcht an, Kinder zu zeugen und erhalten zu müssen. Die Tat selbst rechtfertigte er mit den Worten: „Das bin ich meiner Gesundheit schuldig." Möglich, — wir wissen es nicht, und niemand ist imstande, die Geheimnisse des Sinnenlebens zu ergründen, jenes Abgrundes, dessen Tiefe kein menschliches Auge durchforscht.

Die Geschworenen bejahten die Mordfrage mit acht Stimmen, alle übrigen Fragen aber einstimmig. Das Verdikt überraschte, denn die Einstimmigkeit sprach für die vollste Überzeugung von Florians Schuld in allen Belangen und wurde auch für die Mordfrage erwartet. Die vier Stimmen „nein" dürften wohl auf die Scheu vor dem Todesurteil, vor dessen Vollstreckung oder auf andere nicht streng sachliche Motive zurückzuführen sein, denn an Florians Schuld am Morde konnte derjenige nicht zweifeln, der ihn der anderen Verbrechen schuldig hielt und konnte niemand zweifeln, der die Frage nicht zu beantworten vermochte: „Wer anders als Florian kann Franziska Theiner ermordet haben?" Der Gerichtshof verurteilte Florian zum Tode durch den Strang. Er nahm das Urteil unter Tränen zur Kenntnis und beteuerte seine Unschuld. Der Ausgang des Falles Hacker ließ ihn ein Todesurteil nicht erwarten. Hatte er doch, wie bekannt, oftmals sich gerühmt: „Niemand kann verurteilen, wo kein Zeuge dabei war!"

III.

Am 23. Januar 1903 fand die Verhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde des Verteidigers vor dem Kassationshof in Wien statt und endigte mit der Zurückweisung der Beschwerde aus folgenden Gründen:

Den Nichtigkeitsgrund des § 344 Z. 5 St.P.O. findet die Nichtigkeitsbeschwerde in der gegen den Widerspruch des Verteidigers vorgenommenen Verlesung jenes Teiles der Anklageschrift und des Urteiles aus den Leobener Strafvorakten vom Jahre 1894, der sich auf den Freispruch des Angeklagten vom Verbrechen des Mordes an Johanna Hacker bezieht. Damit sei ein wichtiges Indiz zur Herbeiführung des Schuldspruches auf prozessual unzulässigem Wege den Geschworenen zur Kenntnis gebracht worden, das als belastendes Moment angesichts der rechtskräftig entschiedenen Strafsache ohne Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen den Angeklagten nicht verwertet werden durfte. Dies begründe eine Hintansetzung von Grundsätzen des Verfahrens, deren Beachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden Verfahrens geboten sei.

Vorausgeschickt sei zunächst, daß die durch die Beschwerde angeregte Frage allerdings nur vom Gesichtspunkte der Z. 5 des § 344 St.P.O. in Betracht gezogen werden kann. Denn einen Nichtigkeitsgrund nach § 344 Z. 3 St.P.O. könnte die Verlesung von Schriftstücken an sich nur dann bilden, wenn diese Schriftstücke, was im vorliegenden Falle gar nicht behauptet ist, einen nach dem Gesetze nichtigen Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsakt beurkunden.

Auch der Fall des § 344 Z. 4 St.P.O. trifft nicht zu, da dieser unter den daselbst angeführten Vorschriften, deren Beobachtung unter Nichtigkeitsandrohung gestellt ist, den § 252 St.P.O. nicht anführt.

Es ist daher lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Nichtigkeit des § 344 Z. 5 St.P.O. erfolgreich geltend gemacht werden kann.

Hervorzuheben ist zunächst, daß schon in der Grazer Anklageschrift vom 11. Oktober 1902 die Verlesung der Leobener Anklageschrift vom 8. November 1894 und des Urteils des Leobener Schwurgerichtshofes vom 21. November 1894 beantragt worden

war und daß die Anklage in Rechtskraft erwuchs. Allein die formelle Rechtskraft der Anklage ist für die Frage der Zulässigkeit mittelbarer Vorführung von Beweismitteln durch die Parteien nicht präjudiziell und berührt daher nicht die Erörterung der Voraussetzungen des § 344 Z. 5 St.P.O.

In dieser Beziehung steht es außer Zweifel, daß durch die Verlesung des eben erwähnten Urteils die Voraussetzungen des angerufenen Nichtigkeitsgrundes niemals verwirklicht werden konnten. Im Hinblick auf den vorletzten Absatz des § 252 St.P.O. durfte die Verlesung vielmehr gar nicht unterbleiben. Eine Gesetzesverletzung kann auch darin nicht erblickt werden, daß nicht bloß der kondemnierende, sondern auch der freisprechende Teil des Erkenntnisses verlesen wurde, weil das Gesetz die Ausscheidung eines Teiles des Erkenntnisses aus der Verlesung nirgends vorsieht. Auch wäre es unerfindlich, inwiefern der Angeklagte eine Beeinträchtigung seiner Rechte dadurch erfahren sollte, daß konstatiert wird, er sei von einer Anklage freigesprochen worden.

Ebensowenig kann in der gegen den Widerspruch der Verteidigung vorgenommenen Verlesung des Teiles der Leobener Anklageschrift, der sich mit dem Tatsachenmaterial, betreffend den Tod der Johanna Hacker, befaßt, eine Verletzung von Gesetzen, noch von Grundsätzen des Verfahrens, noch auch eine Beeinträchtigung der Verteidigung erblickt werden.

Wenn die Beschwerde diesfalls zunächst rügt, daß die Anklagebehörde nicht berechtigt gewesen sei, jene Verdachtsmomente in der Anklage zu verwerten, die sich aus dem Vorgehen des Angeklagten einerseits im Falle des Jahres 1894 und andererseits im vorliegenden Fall ergeben, so muß die Erörterung dieser Frage unterbleiben. Denn es ist nicht Aufgabe des Kassationsverfahrens, allfällige Mängel des Anklageverfahrens festzustellen und daraus Konsequenzen für eine Nichtigkeit des Urteils zu ziehen. Ihrem Wesen nach ist die Anklage nichts anderes als die Behauptung einer der Prozeßparteien. Der anderen aber stehen Mittel zu Gebote, nicht nur die Behauptungen der Anklage durch Gegenbehauptungen zu bekämpfen, sondern auch durch entsprechende Gegenbeweise zu entkräften. Diese letztere Möglichkeit benimmt auch der Tatsache der Verwertung von Anklagebehauptungen im Hauptverfahren die Spitze. Weil es sich einerseits nur um einseitige Behauptungen und nicht um Beweismittel handelte und andererseits

der Verteidigung die Möglichkeit geboten war, diese Behauptungen zu entkräften, so hat durch die angefochtene Verlesung des erwähnten Anklageteiles weder die Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, noch eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte stattgefunden.

Was die Beschwerde von einem Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem" vorbringt, beweist nur dessen Verkennung. Ein solcher Verstoß läge nur dann vor, wenn wegen derselben bereits rechtskräftig entschiedenen Tat eine neuerliche strafgerichtliche Verfolgung ohne die materiellen Bedingungen der Wiederaufnahme stattfände. In der Vorführung des Tatsachenmaterials eines bereits endgültig erledigten Straffalles zur Illustrierung eines neuen, erst zu beurteilenden Tatbestandes kann die Verletzung jenes Grundsatzes nicht gefunden werden. Die Vorführung solcher Illustrationsfakten ist nirgends untersagt, unterliegt aber hinsichtlich ihres Umfanges im speziellen Falle dem richterlichen Ermessen. Sie ist sogar vermöge des Grundsatzes des § 3 St.P.O. geboten, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, der Erforschung der materiellen Wahrheit dient.

Damit war die Sache rechtskräftig erledigt. Durch die Gnade des Kaisers wurde dem Josef Florian die Todesstrafe nachgesehen und in lebenslänglichen schweren Kerker umgewandelt. Am 10. März 1903 kehrte Florian in jene Strafanstalt zurück, die er am 6. Januar 1901 verlassen hatte. Nach wie vor behauptet er mit größter Heftigkeit seine Unschuld.

Weil er auf Grund von Indizien verurteilt worden, hält er seine Strafe für unverdient, das Urteil für ungerecht. „Wo kein Zeuge, da keine Strafe!" Wie so mancher Schicksalsgenosse verbohrt er sich immer tiefer in diesen Gedanken, bis er selbst an seine Schuldlosigkeit glauben wird, um sie vielleicht noch auf dem Sterbebette zu beteuern.

IV.

Am 16. Februar 1903 hatte das deutsche Reichsgericht ein Erkenntnis über die Verwertung früherer Urteile als Beweismittel gefällt (Nr. 11 der deutschen Juristenzeitung, Berlin 1. Juni 1903). In der Hauptverhandlung vor der I. Instanz war ein gegen den Angeklagten früher ergangenes Strafurteil verlesen worden. Das

Reichsgericht hob über Revision des Angeklagten die Verurteilung auf aus folgenden Gründen:

„Der erste Richter hat sich die dem früheren Urteile zu Grunde liegenden Feststellungen angeeignet, weil die festgestellten Tatsachen von dem früher erkennenden Gerichte als dargetan erachtet wurden, ohne daß er in eine neue selbständige Prüfung der Tatsachen eingetreten wäre. Derselbe hat in der Begründung die Benutzung des in einer anderen Sache ergangenen rechtskräftigen Urteiles als Beweismittel insolange für zulässig erachtet, als nicht dieses frühere Urteil wieder beseitigt wurde. Diese Auffassung verstößt gegen den im § 249 St.P.O. zum Ausdrucke gekommenen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Wollte der Vorderrichter jene früheren Vorkommnisse, die auf die Wahrnehmung von Personen beruhten, gegen den Angeklagten verwerten, so war er gemäß § 249 verpflichtet, jene Personen wiederholt als Zeugen zu vernehmen; es war unstatthaft, deren Vernehmung durch die Verlesung der Entscheidungsgründe des früheren Urteils zu umgehen."

In den Wiener „Juristischen Blättern" vom 14. Juni 1903 (Nr. 24) wird auf den Widerspruch in den Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe beider Reiche hingewiesen und dem österreichischen Kassationshof der Vorwurf gemacht, daß sein Urteil gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit verstoße, „die hierdurch gebotenen Garantien und somit beim Mangel eines Berufungsrechtes auch die Rechtssicherheit in Frage stelle". Diese Bedenken wurzeln offenbar in mangelhafter Kenntnis des Prozeßinhaltes. Der Unkenntnis des Sachverhalts entspringt auch die Behauptung, „in Deutschland darf ein früheres Urteil nicht als Beweismittel verwendet werden, in Österreich nicht bloß das frühere Urteil, sondern sogar die frühere Anklageschrift der Staatsanwaltschaft."

Abgesehen davon, daß der Prozeßstoff, der zum reichsgesetzlichen Erkenntnisse vom 16. Februar 1903 Anlaß bot, uns nicht zur Verfügung steht, ist es ganz etwas anderes, „die einem früheren Urteile zu Grunde liegenden Feststellungen sich anzueignen und frühere Vorkommnisse, die auf der Wahrnehmung von Personen beruhten, gegen den Angeklagten zu verwerten", um sich die Beweisaufnahme rücksichtlich derselben Tat in einem späteren Verfahren zu ersparen, als aus früheren Strafprozessen Tatsachen zur Ergänzung des Sachverhaltes anzuführen, ohne an der Rechtsbeständigkeit des früheren Urteils zu rütteln. Nicht als Beweis-

mittel für Florians Schuld an der Ermordung der Johanna Hacker sollte die Leobener Anklageschrift dienen, sondern nur als Kommentar zum Wahrspruch der Leobener Geschworenen, der, wie jedes schwurgerichtliche Urteil, der Begründung entbehrt. Von den Grazer Geschworenen wurde nicht verlangt, daß sie den Josef Florian für den Mörder der Johanna Hacker halten sollten, allein sie hatten ein Recht auf eine zusammenhängende Geschichtserzählung, — ein Recht, Florians Vorleben kennen zu lernen. Der Parallelismus der Fälle von Leoben und Graz bezieht sich nicht nur auf den unnatürlichen Tod der beiden Frauen, sondern auch auf dessen Vorgeschichte, auf die Schändung, Vergewaltigung und Bedrohung ihrer Töchter. Die eine davon, Aloisia Toma, erschien vor den Grazer Geschworenen als Zeugin und erzählte spontan mit jugendlicher Lebendigkeit, was sie vom Tode der Hacker wußte. Durfte den Geschworenen vorenthalten werden, was man seinerzeit hiervon bei Gericht selbst erfahren und wie man hierüber geurteilt hatte?

Sowohl nach § 252 der österreichischen als auch nach § 248 der deutschen Strafprozeßordnung müssen die wider den Angeklagten früher ergangenen Straferkenntnisse vorgelesen werden. Diese Bestimmung zieht den Schleier vom Vorleben des Angeklagten; sie entkleidet ihn der Hülle, die seine Persönlichkeit umgibt; sie weist auf seine Neigung zu bestimmten Verbrechen, auf seine Gewohnheiten; sie verbürgt gerechtes Strafausmaß; allein sie erspart nicht die Beweisführung für seine Schuld. So wäre die Vorlesung einer Zeugenaussage aus einem früheren, bereits durch Urteil erledigten Strafverfahren sicherlich ebenso unzulässig als die Vorlesung der Entscheidungsgründe des früheren Urteils, verfolgte sie den Zweck, die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit zu umgehen. —

Die Strafprozeßgesetze sollen eine feste Schutzwehr gegen ungerechte Verurteilungen bilden. Nicht Schutz der Mörder und sonstigen Verbrecher ist ihre Aufgabe, sondern Schutz der Unschuldigen, der Beschädigten, der Gesellschaft. Es ist eine verfehlte Humanität, die sich bemüht, den Schuldigen der Strafe zu entziehen.[5]) Der Zweck der Strafrechtspflege gipfelt in der Erforschung

[5]) Hier fällt uns das Wort Alphonse Karrs von der Abschaffung der Todesstrafe ein: „Die Herren Mörder sollen den Anfang machen!“

der Wahrheit. Diesem Zwecke sind alle Formalitäten des Prozesses dienstbar. Sollten sie hindernd ihm im Wege stehen, dann ist es Pflicht einer weisen Praxis, die Fesseln zu sprengen, die das heilige Bild der Wahrheit umklammern.

Die Tat kann nur erklärt werden aus der Person des Täters. Unermüdlich sei daher auf die Bedeutung hingewiesen, die der genauen Erhebung des Vorlebens zukommt.[6]) Nur sie vermag den psychologischen Zusammenhang der Tat mit dem Täter klarzustellen, nur sie den Nachweis zu liefern, daß dieser Täter diese Tat begangen oder daß er sie nach seiner Individualität nicht verübt haben kann. Die Erhebung des Vorlebens bildet eine der vornehmsten Aufgaben des Vorverfahrens, dessen Feststellungen in diesem Belange für das Hauptverfahren maßgebend sind, weil das Vorleben dem Spruchrichter nicht durch unmittelbare Beweisaufnahmen vorgeführt, sondern nur urkundlich vermittelt werden kann. Man denke sich unsern Grazer Fall ganz losgelöst von seinem kriminalistischen Zwillingsbruder aus Leoben, unbeschadet der Möglichkeit, daß die unglückliche Johanna den Tod als Erlösung von ihrem Peiniger freiwillig in den Wellen der Mur gesucht, — die Lücke würde so tief klaffen, daß die Wahrheit Gefahr liefe, darin unterzugehen.[7])

---

[6]) Vergleiche den von mir unter dem Titel „Ein Arbeiterphilosoph" geschilderten Straffall im XXII. Bande dieser Zeitschrift, Seite 126.

[7]) Monate nach Absendung dieses Aufsatzes vernahmen wir von einem Sträfling, Florian habe ihm den Mord an der Theiner ausdrücklich eingestanden.

Als Florian am Tage des Mordes mit der Theiner von Puntigam südwärts gegen Feldkirchen ging, sei er mit ihr in Streit geraten, weil er Geld von ihr verlangt hatte. Hierbei habe ihm die Theiner vorgeworfen: „Was gebrauchst du denn meine Tochter? dazu hast du ja mich!" Daraufhin habe ihr Florian eine Ohrfeige versetzt, der ein förmlicher Raufhandel folgte. Auf eine zweite Ohrfeige sei Theiner zur Erde gestürzt, Florian habe ihr dann ein Sacktuch um den Hals gebunden, sie abgewürgt und ihr mehrere Fußtritte auf den Kopf versetzt, wobei er rief: „Luder, jetzt bist endlich hin, jetzt kannst du mich nicht mehr beschimpfen!" Darauf will er der Leiche den Oberrock und die Schuhe ausgezogen und die Ohrringe zu sich gesteckt haben, um einen Raubmord glauben zu machen. Die Kleider habe er in die Mur geworfen, die Ohrringe im Werte von 14 K. in einem Heustadl verborgen. Den Sträfling aber bat Florian, ihm die Ohrringe als Belohnung zusichernd, um Beihilfe zur Gewinnung eines Wiederaufnahmegrundes. Der Sträfling sollte nach seiner Freilassung Felix Theiner erhenken und ihm einen Brief in die Tasche stecken, worin Felix sich als den

Mörder seiner Gattin bekennt und seinen Selbstmord für eine Tat der Reue erklärt.

Florian soll Sträflingen gegenüber geprahlt haben, daß er bei Arbeiten im Krankenhause die Särge verstorbener Frauenspersonen geöffnet, deren Genitalien besichtigt, bei einer jugendlichen Frauenleiche auch geküßt habe.

Ob die Berichte dieses Sträflings auf Wahrheit beruhen, mag dahingestellt bleiben. Auffallend ist ihre Übereinstimmung mit dem Untersuchungsergebnis, auffallend insbesondere die Schilderung des Mordes selbst. Man erinnert sich (siehe Seite 630), daß die Ärzte bei der Obduktion vermuteten, der Theiner sei vor ihrer Erwürgung ein weicher Gegenstand über das Gesicht geworfen worden. Nach der Schilderung des Sträflings soll ihr Florian tatsächlich vor dem Abwürgen ein Tuch um den Hals gebunden haben. Auch die übrigen Enthüllungen stehen nicht in Widerspruch zum cynisch-grausamen Charakter Florians.

Digitized by Google

31.

Neue Verſuche zum Problem der ſtrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Negatives und Poſitives.

Von Dr. Arthur Brückmann (Berlin).

§ 1.

Als mit dem in die Tiefe ſchürfenden, lichtvollen Aufſatz Ludwig von Bars „Zur Frage der ſtrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes“[1]) ein neuer glänzender Name auf der Arena der mit dem berühmten Problem ſeit Dezennien heiß ringenden Kriminaliſten erſchienen war, hielt der Verfaſſer dieſes Beitrags den Augenblick für gekommen, einmal den Verſuch zu machen, die deutſche Ärztewelt aus ihrer unproduktiven Gleichgültigkeit gegenüber den den Lebensnerv ihres Berufes berührenden brennenden Fragen aufzurufen.[2]) Dementſprechend verſuchte ich dann, an der Hand des mir hierfür in hervorragendem Maße geeignet erſcheinenden v. Barſchen Aufſatzes eine Reihe der weſentlichſten Geſichtspunkte ans Licht zu kehren. Wenn ich in das Referat einige kritiſche Bemerkungen einflocht, die ich übrigens auf das geringſte Maß beſchränkte, ſo tat ich dies, wie ich ausdrücklich betonte, nicht „um die v. Barſche Anſicht zu Gunſten einer hier aufzuſtellenden zu entkräften, ſondern, um doch gelegentlich auch an dieſer Stelle zu zeigen, daß ſie erhebliche Angriffsflächen beſitzt.“

Die Vorausſicht, der ich bei Niederſchrift des Referats (Herbſt 1901) nach zwei Richtungen Ausdruck verlieh, ſollte ſich gar bald nach beiden verwirklichen. „Aufrüttelnd und heilſam“, ſchrieb ich damals, „wirkt ja . . . zumeiſt nur ein großes Unglück oder ein ſenſationeller Prozeß.“ Und der ſenſationelle Prozeß gegen den

[1]) Im „Gerichtsſaal“ 1901, Heft 2/3.

[2]) In der „Deutſchen Mediziniſchen Wochenſchrift“ von 1902, Nr. 18/19.

berühmten Berliner Chirurgen Duehrßen kam und rief in den Tageszeitungen und medizinischen Zeitschriften eine Flut von Aufsätzen und Artikeln hervor, von denen die allermeisten natürlich die Juristen und ihre Wissenschaft wacker schmähten und ein anderer Teil Rechtssätze, Kommentare und Lehrbücher in dieser Frage für überhaupt ganz überflüssig erklärte und den Arzt nach dem für das Genie geltenden und auch von Ibsen in seinem „Volksfeind" kräftig in den Vordergrund gerückten Wort „der Starke ist am mächtigsten allein" ganz auf sich und seine Wissenschaft gestellt wissen wollte.[3])

Die andere Prophezeiung aber ging nach folgender Richtung: „Wie lange wird es dauern, und wir werden einem neuen juristischen Werk begegnen, das der Frage von neuem ein paar Variationen abgewinnt, viele treffenden scharfsinnigen Bemerkungen im einzelnen enthält, daneben aber neue Lücken aufweist, durch die der Zweifel hineinsickert, —? Cui bono?" —

Nicht sehr lange hat es gedauert. Schon das erste Doppelheft des „Gerichtssaals" von 1903 brachte den Aufsatz Werner Rosenbergs, „Strafbare Heilungen" betitelt, der es sich zur Aufgabe stellte, „der Lösung des interessanten Problems auf einem bisher noch nicht betretenen Wege näher zu kommen." (S. 63). Aber schon das Doppelheft 5/6 desselben Jahrganges brachte — die Entgegnung des Münchener Rechtspraktikanten Dr. Albert Behr, „Medizin und Strafrecht"[4]), der sich nach Widerlegung älterer Anschauungen und Entwicklung seines eigenen S. 416 f. den Rosenbergschen Ausführungen zuwendet.

Der „noch nicht betretene Weg" Rosenbergs geht, um das vorweg zu nehmen, von einem rein zivilrechtlichen Gesichtspunkt aus, indem die ärztliche Heilbehandlung gerade in den proble-

[3]) Rühmliche Ausnahmen sind Aufsätze Koßmanns über die Spezialfrage der Perforation in der Zeitschrift „Das Recht", Nr. 5 von 1902 und des „Angeklagten" Duehrßen selber in Nr. 50/51 der „Medizinischen Woche" von 1902. Vgl. auch die zum Teil sachlich gute Diskussion über den Koßmannschen Vortrag „Indikation und Recht zur Tötung des Fötus" in der Berliner medizinischen Gesellschaft nach den Berichten der „Deutschen Medizinischen Wochenschrift" (Vereinsbeilage, Nr. 5—8 von 1902) und das umfassende Werk Albert Molls über „Ärztliche Ethik" (1902 bei Ferdinand Enke, Stuttgart), S. 249 ff., 261 ff.

[4]) Verf. hat im Jahre 1902 gleichfalls über unser Problem eine Schrift veröffentlicht: „Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht", die m. E. in Einzelheiten viel Zutreffendes enthält.

matischen Fällen aus ihrem Charakter als auftragloser Geschäftsbesorgung, wie unser Bürgerliches Gesetzbuch dieses Institut in seinen §§ 677—687 im wesentlichen in Anknüpfung und Weiterentwicklung der römischen „negotiorum gestio“ ausgestaltet hat, gerechtfertigt wird. Leider kamen diese Ausführungen aber zu spät, um noch von dem Verfasser dieser Abhandlung in seinem Buch über die negotiorum gestio[5]) berücksichtigt werden zu können. Ich mußte mich daher begnügen, sie in einem Anhang[6]) als „größtenteils bedenklich“ zu bezeichnen und eine eingehende Widerlegung für eine andere Stelle in Aussicht zu stellen.

Daß eine solche notwendig ist und der Sache nur dienlich sein kann, — diese Überzeugung hege ich heute stärker als damals. Denn was Behr a. O. gegen die Rosenbergschen Darlegungen vorbringt, ist fast durchgehends so unrichtig, daß des Erstgenannten Ansicht durch die „Widerlegung“ nur gestützt und gestärkt werden kann, — wie es denn überhaupt ein Grundsatz allgemeinster Erfahrung ist, daß unzutreffende Gegengründe einer These weit leichter zum Sieg verhelfen als die bestfundierten positiven Argumente. Dies muß aber im vorliegenden Fall unter allen Umständen vermieden werden. Es muß vermieden werden, daß die Rosenbergschen Irrtümer sich auf direktem oder indirektem Wege einnisten, die Diskussion über unser heiß umstrittenes Problem noch mehr verwirren und den Blick des einen oder anderen, den zivilrechtlichen Fragen vielleicht ferner stehenden Kriminalisten trüben. Diese Gefahr besteht aber, wie der gegen sie unternommene Widerlegungs-Versuch beweist, durchaus, und zwar in um so höherem Grade, als eine gewisse, auf den ersten Blick vielleicht verblüffende äußere Scheinbarkeit die Ausführungen Rosenbergs überglänzt. Meine Aufgabe an dieser Stelle, ist somit zunächst rein negativer Natur: ich will die Unzulänglichkeit des neusten Lösungsversuches dartun; natürlich muß ich mich aber auch, um ihn ins rechte Licht zu rücken, mit den Behrschen Meinungsäußerungen befassen. Was an legislatorischem Gehalt in den zivilrechtlichen Beziehungen

[5]) „Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung“, Heft I des IX. Bandes der Fischerschen „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß“ (1903, bei Gustav Fischer in Jena).

[6]) S. 231 a. O. III, 1.

des Problems steckt, soll in den Schlußparagraphen entwickelt werden.

§ 2.

I. Der Gedankengang Rosenbergs ist etwa folgender: das Recht und die Pflicht, für eine andere Person zu sorgen, kann auf sehr verschiedenen Titeln beruhen, auf Gesetz (§§ 1627, [7]) 1634, 1696, 1698 usw. B.G.B.), Verwaltungsverfügung (§§ 1723, 1738), auf einer richterlichen Verfügung (§§ 1793, 1901, 1910,) auf einem Vertrag (§§ 1741, 1765), auf einem einseitigen Rechtsgeschäft oder einer einseitigen Rechtshandlung.[8]) Das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person kann durch spezielle Vorschriften des Gesetzgebers oder des Richters näher geregelt werden. Bei Kindern und Geisteskranken kann sie insbesondere auch die „Pflege der kranken Person", wie die „Motive" zum B.G.B. sich ausdrücken, umfassen. Der Fürsorgepflichtige, der die Krankenpflege nicht selbst ausüben kann, kann sie anderen übertragen. Der Arzt übt dann diese Pflege im Auftrage und an Stelle des Fürsorgeberechtigten aus, der dann Inhalt und Umfang der Tätigkeit bestimmt.

Nun aber gibt es Fälle, in welchen weder der Auftrag des Fürsorgeberechtigten noch das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts abgewartet werden kann, weil der Kranke sofortiger Hilfe bedarf. Diese Fälle sind nach den zivilrechtlichen Grundsätzen der negotorium gestio zu beurteilen. Denn selbstverständlich ist eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht bloß bei der Sorge für Vermögensrechte, sondern auch bei der Sorge für die Person möglich. Genau so wie jemand, der einem Kinde, dessen Eltern plötzlich verhaftet worden sind, ohne Auftrag Unterhalt gewährt, als negotiorum gestor zu behandeln ist, ist es der zufällig vorüberkommende Arzt, der einem von seinem Fahrrad stürzenden Knaben zum Notverband und zur ärztlichen Hilfe verhilft. Der Umfang seiner Rechte und Pflichten wird dann durch die §§ 677—687 B.G.B. bestimmt.

---

[7]) S hierzu auch die nach vielen Richtungen sehr interessante Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 20. Januar 1903, Bd. XXXVI, S. 78 ff., insbes. S. 80: „Allerdings ist nach dem § 1627 B.G.B.s für den Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt eine Rechtspflicht begründet, für die Person, und damit auch für das leibliche Wohl des Kindes und für Heilung seiner Krankheiten Sorge zu tragen." —

[8]) Näheres s. a. O., S. 72.

In gleicher Weise finden sie Anwendung, ob der Arzt nun für Kinder und Geisteskranke oder für Personen, welche überhaupt nicht unter fremder Fürsorge stehen, tätig wird. — Besonders betrachtet er dann noch den Fall des Selbstmordversuchs (S. 75/6).[9]) Diese „Theorie" soll eine Reihe von Fehlern der älteren Theorien „vermeiden."

II. Leider aber muß gesagt werden, daß der Verfasser schon bei der Problemstellung in die Irre gegangen ist und dadurch die Frage selbst für die eigenen Zwecke in außerordentlichem Maße verwirrt hat. In völlig souveräner und willkürlicher Weise schaltet Rosenberg gleich am Anfang seiner Arbeit eine Reihe von Fragen als „unbestritten" aus, führt eine andere Reihe als „bestritten" an, ohne nach der einen oder andern Richtung auch nur den Versuch zu machen, diese künstliche Umgrenzung des Problems irgendwie zu rechtfertigen.

A. „Unbestritten" soll nach R. sein, daß der Arzt straflos bleiben muß:

1) „Wenn der volljährige, nicht geisteskranke Patient seine Zustimmung zu der Operation ausdrücklich erklärt hat."

Dies ist — rein theoretisch, und darauf mußte es Rosenberg ankommen, — unrichtig. Denn es bleibt die noch immer so wenig geklärte Vorfrage, in welche Operationen man gültig einwilligen kann, weil kein Mensch unbeschränkter Herrscher über seine körperliche Integrität ist, wofür den Lesern dieser Zeitschrift Belege nicht vorgeführt zu werden brauchen. Eine jede der zahlreichen Arbeiten zu unserem Kapitel belehrt uns darüber. Um nur Neueres hervorzuheben, sei auf die Formulierung Behrs[10]) hingewiesen, der die Frage so stellt: „Wie stünde es endlich, wenn der Arzt nicht nur mit Einwilligung, sondern auf ausdrücklichen Wunsch . . . . . eine überhaupt nicht angebrachte Operation vornimmt?" und die Antwort so erteilt: „Auch auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten darf der Arzt eine der ärztlichen Norm offensichtlich widersprechende Operation nicht vornehmen." Auch auf den v. Barschen Aufsatz und die Bemerkungen, die er bezüglich der „operativen Verstümmelungen" macht, mag hingewiesen werden.[11])

---

[9]) S. 82/83.

[10]) a. O. S. 408 zu 4 a. E., S. 412.

[11]) S. auch v. Bar in seinem Aufsatz „Medizinische Forschung und Strafrecht" (Festgabe für Regelsberger, S. 233 ff.) und das Urteil des Reichs-

2) Unbestritten soll die Straflosigkeit des Arztes nach Rosenberg ferner sein, „wenn der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen oder geisteskranken Patienten seine Zustimmung zu der Operation ausdrücklich erklärt hat."

Abgesehen davon, daß hier die Formulierung mit Rücksicht auf die mannigfach abgestuften Grade, in denen das heutige Zivilrecht eine Vertretung geschäftsunfähiger, in der Geschäftsfähigkeit beschränkter, entmündigter, geistesschwacher, geisteskranker, partiell geschäftsunfähiger Personen usw. kennt[12]), bei weitem zu knapp ist, gilt hier das gleiche wie zu 1. Nur noch in bedeutend höherem Maße tritt das Problem in den Vordergrund. Denn die Frage taucht auf, ob der Vertreter wirklich über den Körper seines Mündels, Pfleglings usw. in demselben Maß und Umfang soll verfügen dürfen, wie über seinen eigenen. Grade diese Frage hat in neuster Zeit v. Bar zu weitgehenden, energischen Beschränkungen und Kautelen seiner prinzipalen Anschauung geführt. Von einem „Unbestrittensein" kann gar keine Rede sein. Die Probleme, unausgetragen und ungelöst, starren uns hier entgegen.

3) „Wenn der volljährige, nicht geisteskranke Patient durch Bewußtlosigkeit, körperliche Gebrechen, schwere Verwundung, Unkenntnis der Landessprache usw. verhindert ist, seine Zustimmung zu der Operation zu erklären oder zu verweigern und Gefahr im Verzuge ist."

Dieser Fall durfte gerade von Rosenberg nicht ausgeschieden werden. Er ist so wenig „unbestritten", daß er geradezu einen typischen Fall des Problems bildet. Er stellt weiterhin nichts anderes dar als einen Normalfall der negotiorum gestio, in dem jemand verhindert ist, seine Angelegenheiten zu besorgen. Der Zusatz, daß „Gefahr im Verzuge ist", ändert an seiner Eigenart nicht das Geringste. Vielmehr ist dieses Moment, wie allgemein bekannt sein dürfte, gerade bei der negotiorum gestio ausdrücklich vorgesehen und dazu benutzt worden, besondere Rechte und Pflichten für die Beteiligten zu begründen. Nach § 680 B.G.B. hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem

---

berichts vom 31. Mai 1894 bei Stooß „Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung", S. 115.

[12]) S. darüber unten § 3 III näheres.

Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Nach § 681 hat der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen, und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Hieraus geht zur Genüge hervor, daß der Fall von einem Schriftsteller, der das Problem aus dem Gesichtspunkt der n. g. lösen will, innerhalb ihres Systems betrachtet werden muß. Stellenweise scheint dies Rosenberg ja übrigens auch selbst trotz seiner Ausscheidung zu tun.

4) „Wenn der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen oder geisteskranken Patienten durch Abwesenheit usw. verhindert ist, seine Zustimmung zu der Operation zu erklären oder zu verweigern und Gefahr im Verzuge vorliegt."

Hiervon gilt im Wesentlichen das oben zu 2 und 3 Bemerkte. Es muß der Fall fehlender oder verhinderter gesetzlicher Vertretung innerhalb des Rahmens der G. o. A. ergründet werden.

5) „Wenn der Patient oder der gesetzliche Vertreter die Behandlung der Krankheit ganz dem sachverständigen Ermessen des Arztes überlassen hat und die Operation nach den Regeln der Heilkunde notwendig oder wenigstens zweckmäßig ist."

Die Hervorhebung dieses Falles bedeutet gleichfalls einen schweren systematischen Fehler und verwirrt die Problemstellung. Er ist in seinem Wesen und Kern von den unter 1 und 2 angeführen Beispielen garnicht verschieden. Es liegt hier ein generelles Mandat vor, kraft dessen der Mandant[13]) seinem Arzt seinen Körper für alle sachgemäßen Heilbehandlungen anvertraut. Hiermit stimmt er generell auch sachgemäßen Operationen zu. Sind sie nicht sachgemäß, so macht weder die Zustimmung den Arzt haftungsfrei (s. o. zu 1), noch ist außer Acht zu lassen, daß jeder Dienst- und Werkvertragsverpflichtete nach der allgemeinen Regel des § 276 B.G.B Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Das ist alles ganz selbstverständlich. Und, obwohl Rosenberg den Fall von seiner Betrachtung ausgeschieden hat, kommt er doch S. 73 auf den „allgemeinen Auftrag" und die Möglichkeit einer konkretisieren-

[13]) Bemerkt sei, daß bei der regelmäßigen Entgeltlichkeit der ärztlichen Behandlung nach B.G.B. nicht mehr von einem Mandat oder Auftrag (§ 662), sondern nur von einem Dienst- oder Werkvertrag (§ 675) gesprochen werden kann. Nur der Kürze halber und weil es hier nur auf den zivilrechtlichen Vertrag ankommt, behalten wir den alten Ausdruck bei. —

den, gegenständlichen Beschränkung zu sprechen. Dies alles erleichtert die Arbeit gewiß nicht. —

B. Dagegen soll es nach Rosenberg in folgenden 5 Fällen „bestritten" sein, „ob der Arzt straflos bleiben kann."

1) „Wenn der volljährige, nicht geisteskranke Patient seine Zustimmung zu der Operation ausdrücklich verweigert hat."

Hier mögen vielleicht Vertreter irgend welcher objektiven Theorieen die Berechtigung zur Knebelung des Willens der Patienten behaupten, von einer G. o. A. kann jedenfalls dann nicht die Rede sein, wenn es sich um Verletzungen des Mandatsverhältnisses handelt. S. 73 bemerkt Rosenberg selbst sehr zutreffend: „Der Arzt ist an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden; jede Überschreitung des Auftrags enthält eine Überschreitung seiner Rechte und Pflichten." Höchstens in dem Sonderfall des § 679 (Fall des öffentlichen Interesses) kann hier eine n. g. in Frage kommen. Regelmäßig nicht. Das bedurfte der Hervorhebung und Klarstellung.

2) „Wenn der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen oder geisteskranken Patienten seine Zustimmung zu der Operation ausdrücklich verweigert hat."

Hier gilt das zu 1 Bemerkte; denn der gesetzliche Vertreter handelt für den Vertretenen und an seiner Statt.

3) „Wenn der Patient oder der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung nur zu einer gefahrlosen Operation gegeben hat und der Arzt eine lebensgefährliche Operation vornimmt."

Dieser Fall ist hervorhebenswert. Es liegt aber nur ein Sonderfall der n. g. vor, — soweit nicht etwa, was die Rosenbergsche Ausdrucksweise wiederum nicht erkennen läßt, nur eine den Vertrag verletzende Handlungsweise vorliegt, nur eine Überschreitung der Rechte und Pflichten des Mandatars. Es muß hier eine fundamentale Untersuchung über die Grenzen zwischen Vertrag und n. g. einsetzen. Mit der einfachen Erwähnung ist gar nichts gewonnen.[14])

4) „Wenn der Patient oder der gesetzliche Vertreter verhindert ist, seine Zustimmung zu der ärztlichen Behandlung im Allgemeinen, sowie zu der Operation im Besonderen zu erklären oder zu verweigern, und Gefahr im Verzuge nicht vorliegt."

---

[14]) S. hierzu unten § 5.

Schon aus unseren unter A3 oben gemachten Bemerkungen dürfte mit genügender Deutlichkeit hervorgehen, daß es sich hier um einen allgemeinen Fall auftragloser Geschäftsbesorgung handelt, da das besondere Moment des „periculum in mora“ nur einen privilegierten negotiorum gestions-Fall bewirkt.

5) „Wenn der Patient oder der gesetzliche Vertreter die Behandlung der Krankheit ganz dem fachverständigen Ermessen des Arztes überlassen hat und die Operation ein neues, wissenschaftlich noch nicht erprobtes Heilverfahren ist.“

Dieser Fall, der von Rosenberg offenbar als Gegenstück zu A5 gedacht ist, ist im Gegenteil nur ein dem dort erwähnten subordinierter Tatbestand. Denn auch ein neues, wissenschaftlich noch nicht erprobtes Heilverfahren zu erproben, kann innerhalb des Rahmens einer sach- und fachmännischen Heilbehandlung liegen. Ist dies nicht der Fall, so beurteilt sich die Sachlage nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen. Weshalb der Herr Verf. gerade diesen besonderen Unterfall für würdig befunden hat, mit in seine Kasuistik aufgenommen zu werden, ist mir nicht klar geworden. —

So viel, um die 10 von Rosenberg hervorgehobenen Tatbestände zu beleuchten.

Daß weder ihre Auswahl noch ihre Formulierung erschöpfend oder logisch oder folgerecht oder dogmatisch richtig oder mit dem System verträglich genannt werden kann, darf wohl behauptet werden. Es ist auch nicht ein einziger leitender Gesichtspunkt erkennbar, der die Auswahl oder die Reihenfolge beherrscht, kein roter Faden, an dem sie sich aufreihen. Lose und unverbunden liegen sie neben einander. Es fördert uns garnicht, sie erst in ein System zu bringen. Wir dürfen, nachdem wir sie juristisch zu beleuchten versuchten, ruhig von ihnen absehen. —

§ 3.

I. Es ist Rosenberg vollkommen zuzugeben, daß es sich in denjenigen Fällen, wo der Arzt, ohne beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein, einem Patienten beispringt, um eine Geschäftsführung ohne Auftrag handelt.[15]) Ja, noch mehr: der Fall der

[15]) Übrigens ist dieser Umstand wohl auch schon in den früheren Schriften nicht verkannt, wenn auch noch kaum — mit Recht — in dem Rosenbergschen Sinne verwertet worden. Am Schlusse des zweiten berühmten Hamburger Landgerichts-Urteils vom 13. Dezember 1894 (abgedruckt bei Stooß „Chirurgische

freiwilligen Krankenhilfe ist ein typischer, fruchtbarer, ausgezeichneter, lebenswahrer Fall dieses lebendigen, an variablen Gesichtspunkten reichen, an interessanten Beziehungen zu allen möglichen Gebieten des Lebens und der Wissenschaften überquellenden Instituts, für das vor vielen Jahren einmal Josef Kohler den vorzüglichen Titel „Menschenhilfe im Privatrecht" geprägt hat. Diese Bezeichnung zaubert uns gleichsam in sichtlicher Verkörperlichung die tausendfältigen lebensvollen Keime unseres Rechtsinstituts vor Augen. Daß die freiwillige Krankenhilfe ein ganz besonders begünstigter Fall innerhalb seines Kreises ist, — wem sollte dies wohl nicht schon auf den ersten Blick einleuchtend scheinen?

Behr bestreitet es. Zwar macht er — S. 417 — Rosenberg prinzipielle Zugeständnisse. „Die Vornahme eines ärztlichen Eingriffes", schreibt er, „ist daher wohl als eine Geschäftsbesorgung anzusehen." „Es ist auch zuzugeben, daß der ohne Ermächtigung oder Auftrag des Fürsorgeberechtigten handelnde Arzt als negotiorum gestor desselben erscheint." Allein, was nützt das, wenn er nur wenige Seiten weiter (S. 419) den ärztlichen Eingriff wieder aus dem Tempel der negotiorum gestio hinaustreibt? Behr leugnet nämlich, — ich kann dies alles hier nur kurz abtun, weil es offensichtlich falsch ist, — daß es ein „Geschäft" des Patienten sei, das der Arzt mit dem Eingriff für ihn und an seiner Stelle besorge. Geben wir dies einmal einen Augenblick lang zu, — wie gelangt dann aber Behr dennoch zu der Annahme, daß eine „Geschäftsbesorgung" vorliegt und der Arzt als negotiorum gestor anzusprechen ist? Ist der „Geschäfts"-Begriff nicht gegeben, — wie denn sollte der Geschäftsbesorgungs-Begriff als vorhanden angenommen werden können? Es ist nicht anders, als wenn etwa gesagt würde: wer elektrische Kraft entwendet, in der Absicht, sie rechtswidrig sich zuzueignen, muß als Dieb nach § 242 R.St.G.B. bestraft werden, wobei aber zu beachten ist, daß von einer körperlichen beweglichen Sache im Sinne des Strafgesetzbuchs keineswegs gesprochen werden kann. Behr mußte also von seinem Standpunkt, weil er ein fundamentales Begriffsmerkmal als nicht gegeben ansah, den Geschäftsführungsbegriff bezüglich der auftraglosen ärztlichen

---

Operation und ärztliche Behandlung", S. 116) findet sich die schüchterne Andeutung, daß der Arzt die „negotia" des andern „gleichsam geriert" habe. —

Krankenhilfe rundweg ablehnen, wie er dies ja auch auf S. 420 zu tun ſcheint.

Gleichwohl muß er in Wahrheit aber angenommen werden. Es iſt dies eigentlich auch faſt nirgendwo beſtritten worden.[16]) Es genügt ein Blick in die für das gemeine Recht faſt überreiche Literatur und für das B.G.B. in irgend ein ausführlicheres Lehrbuch oder in einen reichhaltigeren Kommentar, um unter dem Kapitel „Auftrag", „Geſchäftsführung ohne Auftrag", „Dienſt"- oder „Werkvertrag" den Geſchäfts-Begriff in dem Sinne erläutert zu finden, daß die ärztliche Heilbehandlung gerade vorzugsweiſe unter ihm zu begreifen iſt.[17])

II. Aber noch aus einem anderen Grunde leugnet Behr, nachdem er, wie zu beachten, den Begriff der n. g. für anwendbar erklärt hat, faſt noch in demſelben Satz (S. 417) gleichwohl, daß n. g. vorliege! Und was er an dieſer Stelle vorbringt, iſt noch viel mißverſtändlicher als das über den „Geſchäfts"-Begriff Geſagte.

Bemerkenswert iſt hier, daß den Anlaß zu den diesbezüglichen Erörterungen Roſenberg gegeben hat, der in unrichtiger Weiſe folgendes Moment in die Debatte hineingezogen hat: Roſenberg meint (S. 74), die Anwendung der Grundſätze über n. g. auf die ärztlichen Hilfeleiſtungen führe allerdings zu dem Ergebnis, daß der Arzt, welcher ohne Auftrag ein Kind oder einen Geiſteskranken behandle, nur Erſatz ſeiner Aufwendungen (§ 683), aber kein

---

[16]) Neuerdings von Lotmar in ſeinem „Arbeitsvertrag", S. 280. Er ſagt: „Man kann als Barbier einen Kunden, als Arzt einen Patienten beſorgen, aber man pflegt nicht das Haarſchneiden, das Explorieren oder Operieren, das am Arbeitgeber vorgenommen wird, als Geſchäftsbeſorgung zu bezeichnen." Das iſt richtig, aber nicht ausſchlaggebend. Die populäre Ausdrucksweiſe bietet uns für die verworrenen Fragen des § 675 B.G.B. überhaupt nicht viel. Hier muß eine zweckmäßige Interpretation einſetzen, die imſtande iſt, die wirtſchaftlichen Zwecke der in Betracht kommenden Rechtsinſtitute zu verwirklichen. Sie kann ſich unmöglich durch jede beliebige volkstümlich-terminologiſche Nüance in Feſſeln ſchlagen laſſen. Man pflegt auch von „Diebſtahl" an Elektrizität zu ſprechen, und noch zahlreiche andere Beiſpiele laſſen ſich anführen, wo die landläufige Terminologie abweicht. Noch gar aus einem negativen Befunde, daß man etwas nicht mit den Worten des Geſetzes zu bezeichnen pflege, ein Argument für poſitive Interpretation herzuleiten, halte ich für ganz undenkbar! Was wiſſen die meiſten von dem Begriff der „Geſchäftsbeſorgung" oder „Geſchäftsführung"!

[17]) Vgl. hierzu Brückmann a. O. S. 7ff., insbeſ. S. 24, S. 21, Anm. 4.

Honorar beanspruchen könne. Dieses zweifellos unbillige Resultat werde indessen dadurch gemildert, daß der Arzt für erfolgreiche Hilfeleistungen doch eine Entschädigung verlangen dürfe, und zwar aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 B.G.B.), was er in einigen Sätzen des näheren begründet. Ob aber der Arzt sein Geld unter dem Titel „Honorar" oder „Herausgabe" bekomme, sei praktisch ganz gleichgültig.

Dies ist nun unzutreffend. Es genüge die Feststellung, daß es schon nach gemeinem Recht nur wenige gab, und heute nur noch ganz wenige Stimmen gibt, die leugnen, daß der Arzt, der als negotiorum gestor Hilfe leistet, auch Honorar unter dem Gesichtspunkt der „Aufwendungen" verlangen dürfe.[18])

Zweifelnd aber fragt man sich, was denn eigentlich diese ganze Frage mit der Frage, ob die Grundsätze der n. g. auf die freiwilligen ärztlichen Hilfeleistungen begriffliche Anwendung leiden, zu tun habe. Rosenberg scheint zu meinen, daß, falls der Arzt nicht zu seinem Honorar gelangen kann, die Auffassung, daß n. g. vorliege, unmöglich sei. Das ist aber eine unrichtige Umkehrung der Gesichtspunkte. Man kann immerhin die Frage, ob der Arzt auch Honorar verlangen darf, ruhig verneinen und dennoch n. g. annehmen. Die Fragen sind ihrer inneren Natur nach von einander unabhängig. Wer das Honorar nicht unter den Gesichtspunkt der „Aufwendungen" bringen will, der versagt ihm eben diesen Ersatzanspruch und billigt ihm lediglich den auf bare Unkosten, Auslagen für Medikamente, Droschkengelder u. dgl. zu. Das alteriert aber die begrifflichen Fragen in gar keiner Beziehung.

Von diesen einzig und allein zutreffenden Standpunkt aus erledigen sich denn auch ohne weiteres die mißverständlichen und verwirrenden diesbezüglichen Einwendungen Behrs über die „absolute Unentgeltlichkeit" der G. o. A. (und den § 814 B.G.B) im Gegensatz zu der ärztlichen Tätigkeit, auf die ich wegen ihrer handgreiflichen Irrtümlichkeit an dieser Stelle nicht weiter eingehen will.

---

[18]) S. hierzu Brückmann a. O., S. 182 ff. — Anders heute ebenfalls Lotmar a. O., S. 81 ff., bes. S. 86, 102, 122, 128[1], 135 ff., 143 ff. und an anderen Stellen, von dem allgemeinen Gesichtspunkt aus, daß Arbeit keine Vermögensaufwendung ist, in eingehender Betrachtung. Es ist hier jedoch natürlich nicht der Platz, eine Widerlegung der ausführlichen Erörterungen Lotmars zu versuchen. Wie hier Flügge, Recht des Arztes. S. 82 und die neuere Praxis.

Denn nach dem bereits oben Bemerkten ist das alles ganz unerheblich. Behr hat Endemann, auf den er sich beruft, mißverstanden, wenn er den „unentgeltlichen" Charakter der n. g. gegen Rosenberg ins Feld führt. Unentgeltlich in diesem Sinn heißt nichts weiter, als daß der Geschäftsführer für seine Einmischung in fremde Verhältnisse, selbst wenn sie eine nützliche Fürsorge bedeutet, als solche keine Belohnung, kein Honorar verlangen kann. Daß er aber seine „Aufwendungen" liquidieren darf, bestimmte das Gesetz ausdrücklich, und was er als Aufwendungen beanspruchen kann, ist eine von Praxis und Wissenschaft zu beantwortende untergeordnete Frage. —

III. Als unzutreffend zurückzuweisen sind noch die folgenden Ausführungen, die Behr (S. 418/9) den Rosenbergschen Darlegungen entgegensetzen zu müssen glaubt. Es frage sich noch, heißt es dort, „wie ist der Fall zu beurteilen, daß ein Fürsorgeberechtigter überhaupt nicht vorhanden, der Arzt also auch nicht als dessen negotiorum gestor anzusehen ist? Da Rosenberg hiervon überhaupt keine Erwähnung tut, so ist wohl anzunehmen, daß er auch diese Fälle so behandelt wissen will, wie die von ihm ausdrücklich hervorgehobenen; denn es ist nicht möglich, daß er den in der Praxis recht häufig vorkommenden Fall vollkommenen Alleinstehens des Patienten übersehen haben sollte."

Nun ist dies einmal, was das Tatsächliche anlangt, insofern unrichtig, als Rosenberg S. 75 ausdrücklich hervorhebt: „Endlich bleibt noch der Fall zu erörtern, daß eine Person, welche überhaupt nicht unter fremder Fürsorge steht, ... in die Unmöglichkeit versetzt wird, selbst für die Erhaltung ihres Lebens oder ihrer Gesundheit zu sorgen. Auch in diesem Falle bietet das Rechtsinstitut der negotiorum gestio ein geeignetes Mittel, um die ärztlichen Berufshandlungen juristisch zu rechtfertigen." Damit hat also Rosenberg sehr deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er die Grundsätze der n. g. auch auf den Fall fehlender „Fürsorgeberechtigter" angewendet wissen will.

Zweitens aber, was einschneidender und wichtiger ist, ist mir überhaupt nicht ganz klar geworden, in welcher Weise sowohl Rosenberg als auch Behr dieses Moment für oder gegen die begriffliche Anwendbarkeit der n. g. verwerten wollen.

Soweit ich den Gedankengang Rosenbergs verstanden habe, will er die Anwendung der Grundsätze der n. g. auf die ärztlichen

Hilfeleistungen darauf gründen, daß der Arzt an Stelle eines Fürsorgeberechtigten die sich in dem vorliegenden Fall in Krankenpflege äußernde Fürsorge ausübe; und soweit ich dem Gedankengang Behrs konkreten Inhalt zu geben vermag, will er Rosenbergs Argumentation mit dem Hinweis darauf bekämpfen, daß es Kranke gibt, die unter keiner Fürsorge stehen.

Das ist nun allerdings sehr richtig, und ich wüßte nicht, welchen Anlaß jemand haben sollte, solche unumstößlichen Tatsachen leugnen zu wollen. Volljährige, im Besitz ihrer Geisteskräfte stehende Patienten stehen unter keiner „Fürsorge". Die „Sorge für die Person" ist vornehmlich ein Ausfluß der „elterlichen Gewalt" (§ 1627). Sie kann auch einem Pfleger zustehen (§§ 1628, 1629). Neben dem Vater steht sie im Regelfall während bestehender Ehe auch der Mutter zu (§ 1634). Nach § 1666 unterliegt sie allerhand vormundschaftgerichtlichen Verwaltungsmaßregeln. Jedenfalls endigt sie mit der Endigung der elterlichen Gewalt, d. h. mit erlangter Volljährigkeit (§ 1626). Wer minderjährig ist, ohne unter elterliche Gewalt zu stehen, (uneheliche Kinder, Kinder aus verwitweter Ehe), tritt unter die Fürsorge eines Vormunds (§§ 1773, 1793), neben dem immer noch ein partieller Pfleger fürsorgend tätig sein kann (§ 1794), und der sogar unter Umständen auch einem Neben-Vormund Raum geben muß (§ 1798 ff.); auch hier sind maßgebend die für die elterliche Gewalt gegebenen Vorschriften (§ 1800). Die „Fürsorge" und Aufsicht aber über die gesamte Tätigkeit des oder der Vormünder steht als Obervormundschaft dem Vormundschaftsgericht zu (§§ 1837 ff.) Ein Volljähriger dagegen erhält einen Vormund, wenn er (wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunkenheit nach § 6) entmündigt ist (§ 1896). Dagegen hat der Vormund für seine Person nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert (§ 1901); auch gibt es eine interimistische Vormundschaft bei schwebendem Entmündigungsverfahren (§ 1906). Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber (bei elterlicher Gewalt) oder der Vormund verhindert ist, werden, wie schon hervortrat, durch einen Pfleger vertreten (§ 1909); die Sorge für die Person kann hierzu in erster Linie gehören und gehört oft hierzu. Daneben gibt es Spezialpfleger für gebrechliche, aber nicht bevormundete, weil nicht entmündigte und nicht zu entmündigende Volljährige, die die Sorge für die Person des Pfleglings zu ent-

falten haben (§ 1910); die Pflegschaften endigen je nach dem Wegfall ihrer Veranlassung (§ 1918), beziehungsweise durch Aufhebung (§§ 1919 ff.)

Dies ist in den allergrößten Umrissen das Bild, das uns das B.G.B. von denjenigen gibt, die gesetzlich dazu berufen sein können, für die „Personen" anderer Menschen eine „Sorge" entfalten zu müssen. Es ist notwendig, sich einmal dieses Bild vor Augen zu halten, um auf den tatsächlichen Kern der Behr-Rosenbergschen Irrtümer zu dringen. Denn es sieht ganz so aus, — und bei Behr tritt dies sogar ganz deutlich hervor, — als ob sie in dem Umstand, daß zufällig aus irgend einem Grunde ein solcher Fürsorge-Berechtigter bezw. -Verpflichteter nicht vorhanden, Schwierigkeiten für die Anwendbarkeit der n. g. erblicken zu müssen glauben.

Nun erscheint auf den ersten Blick ein solcher Skrupel schon deshalb so völlig innerlich unmöglich und unhaltbar, weil die proteusartige Verschlungenheit der wirklichen Verhältnisse, die so mannigfache Formen der gesetzlichen Vertretung notwendig macht, es naturgemäß hundert- und tausendfach fügen muß, daß diese Fürsorge im Augenblick von den gesetzlich Berufenen oder richterlich zu Berufenden nicht ausgeübt werden kann. Unehelich geborene Kinder bleiben durchschnittlich mindestens zwei bis drei Monate ohne Vormund; die gesetzlichen Vertreter sterben; bis neue gefunden und bestellt werden, vergeht oft viel Zeit; nicht selten kommt es vor, daß erst nach Dezennien das Fehlen gesetzlicher Vertretung aufgedeckt wird. Von dem Entmündigungsbeschluß bis zur Bestellung des Vormunds vergehen mindestens Monate; die entmündigten Volljährigen sind unvertreten. Bis die Gebrechlichen Pfleger erhalten, ist gleichfalls ein spatium vorhanden. Die bekinderte Wittwe verheiratet sich wieder und verliert die elterliche Gewalt; bis ein Vormund über die Minderjährigen bestellt ist, verstreichen Monate. Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt; dem Vater entgleitet (§ 1682) die Sorge für die Person, — dem Inhaber der elterlichen Gewalt wird die Sorge für die Person entzogen oder die Fürsorge beschränkt, — bis dort ein Vormund, hier ein Pfleger ernannt ist, vergeht viel Zeit. Ja, das Gesetz gedenkt selbst an einer Stelle (im § 206) solcher Personen (§§ 104, 106 B.G.B.), denen ihre Vertreter im Willen fehlen und deren eigene auf die fraglichen Angelegenheiten bezüglichen Willensrichtungen unerheblich sind.

Aber abzuweisen ist die Auffassung, daß dieser Umstand irgendwie für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Grundsätze der n. g. beachtlich sein soll. Es wäre ja merkwürdig, wenn gerade hier ein Institut der „Menschenhülfe" versagen sollte, wo in ganz besonderem Maße Hülfsbedürftigkeit vorliegt! Das ist natürlich ganz undenkbar.

Das Gesetz sagt aber auch von alledem nichts. Das Gesetz sagt, daß wer ein Geschäft „für einen Anderen" besorgt, als negotiorum gestor bestimmte Pflichten und gewisse Rechte hat. Dieser „Andere" ist aber jeder Mensch, jedermann, jedes Wesen, das und soweit es von der Rechtsordnung überhaupt irgendwie beachtet wird[19]), ein Kind sowohl wie ein Volljähriger, eine juristische Person so gut wie die Leibesfrucht, ein Geisteskranker in demselben Maß wie ein Gesunder. Der Arzt, der ihm Hülfe zu Teil werden läßt, besorgt seine Geschäfte, ob er nun einen Fürsorgeberechtigten hat oder nicht. Hat er ihn, so besorgt er gleichzeitig auch die Geschäfte dieses Fürsorgeberechtigten mit, da er naturgemäß den Willen hat, tätig zu werden für den, den es angeht, — eine Willensrichtung, für die ich den Ausdruck „Blankett-Willen" vorgeschlagen habe.[20])

Nach alledem erscheint es völlig gleichgültig, ob es alleinstehende Patienten gibt oder nicht. Die Frage der Fürsorgeberechtigten hat absolut nichts mit der begrifflichen Anwendbarkeit der Grundsätze der n. g. auf die ärztlichen Hülfeleistungen zu tun und durfte garnicht in die Erörterung hineingezogen werden.

§ 4.

I. Fundamental verschieden von den Fragen, in welchen Fällen n. g. begrifflich möglich sei, wer als negotiorum gestor auftreten und für wen geriert werden könne, ist die ganz anders geartete Frage, wann die Übernahme einer auftraglosen Geschäftsbesorgung zivilrechtlich gültig ist, d. h. in welchen Fällen der Gestor Ersatz verlangen, der Dominus die Tätigkeit gegen sich gelten lassen muß. Selbstverständlich ist es, daß von diesen Bestimmungen auch die ärztliche Krankenhülfe, sei sie nun operativ oder nicht, umklammert wird.

---

[19]) Brückmann a. O., S. 59 ff., 63.

[20]) a. O., S. 58.

Was nun nach dieser Richtung von Rosenberg und Behr vorgetragen wird, ist zum größten Teil ebenso unzutreffend wie durchaus nicht erschöpfend.

Maßgebend ist folgendes: die Übernahme einer auftraglosen Geschäftsbesorgung ist in dem oben erwähnten Sinn „gültig", wenn sie entspricht 1) dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen, 2) dem Interesse des Geschäftsherrn. Merkwürdig ist nun, daß das Interesse-Kriterium in den Rosenbergschen Darlegungen überhaupt nicht und in den Behrschen in völlig mißverständlicher Weise erwähnt wird. Aber gerade der eigenartige „Interesse"-Begriff, wie ihn das B.G.B. für sein Institut ausgeprägt hat, verleiht ihm ein so außerordentlich charakteristisches Gepräge, daß jeder Gedankengang, der an die heutige G. o. A. anknüpfen will, unweigerlich in die Irre gehen muß, wenn er nicht auch das „Interesse"-Kriterium in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen rückt. —

Was heißt es nun, daß der Arzt, der ärztliche Eingriffe zu Heilungszwecken an dem Körper eines Kranken vornimmt, Rücksicht zu nehmen habe auf seinen Willen (den wirklichen oder mutmaßlichen) **und** sein Interesse? — Es heißt nichts anderes als etwa folgendes: kennst du, Arzt, den wirklichen Willen des Patienten, dessen du dich — auftraglos und, ohne sonst dazu berechtigt zu sein, — operativ annehmen willst, so frage dich, ob diese Handlungsweise mit ihm in Einklang steht. Tut sie es nicht, so ist sie unweigerlich eine widerrechtliche[21]), mag sie auch zu seiner völligen Heilung und Gesundung geführt haben. Ist dir aber sein wirklicher Wille unbekannt, hast du ihn etwa vergessen oder nie gekannt, — ein Fall, der auch möglicherweise einmal eintreten kann, wenn ein Verbot vorliegt und die veränderten Umstände nicht mehr die Stabilität der negativen Willensrichtung vermuten lassen, — so mußt du dich nach dem mutmaßlichen Willen deines Patienten richten. Dieses Kriterium enthält bereits eine energische Konzession an den Geschäftsführer. Nur so braucht der Wille in Rechnung gezogen zu werden, wie er uns in den Dingen entgegentritt, — nicht mehr wie er frei und rein als wirklicher Wille im Innern lebt, sondern in äußerer, objektiver Verkörperlichung[22]). Wir haben es hier,

---

[21]) Abgesehen von dem Fall des § 679 B.G.B., von dem noch unten gehandelt werden muß.

[22]) S. hierüber Brückmann a. O., S. 134 ff.

um einen Stammlerschen Ausdruck zu gebrauchen[23]), mit von der Rechtsordnung „hypostasierten" Willensäußerungen, mit „einem von der Person des Urhebers unabhängigen Rechtsinhalt" zu tun. Deshalb ist es durchaus abzuweisen, wenn Rosenberg, S. 75 ganz allgemein über diese scharfen begrifflichen Grenzen mit folgenden Erfahrungssätzen hinwegspringt: „Sobald Gefahr im Verzuge ist, wird in der Regel jeder Patient den ersten Arzt, welchen er überhaupt finden kann, beauftragen, alle dringlichen Maßregeln zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind. Der Arzt, welcher diese Maßregeln ohne Auftrag des Patienten trifft, darf also erwarten, daß seine Handlungsweise dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht." Den Arzt aber, der sich auf negotiorum gestio berufen wollte, würde dies nicht im geringsten fördern. Es könnte ihm etwa entgegengehalten werden: der Patient sei ein Sonderling, der von Ärzten nichts wissen wolle, und der schon bei ganz anderen Gelegenheiten seine Geringschätzung gegenüber den Operateuren, für die er nur Verachtung und die Bezeichnung „Gevatter Schneider" kenne, an den Tag gelegt habe. Setzt sich in solchen Fällen der Arzt über diese äußeren Umstände hinweg oder mißkennt er sie in fahrlässiger Weise und ist in der Tat die Willensrichtung des Patienten eine der ärztlichen Handlungsweise entgegengesetzte gewesen, so hat er den „mutmaßlichen" Willen nicht getroffen, und die Übernahme der Geschäftsbesorgung ist unzulässig, und keinen Pfennig kann er liquidieren. Erst beim Fehlen sämtlicher äußerer Willensmomente, beim gänzlichen Mangel an den Tag gelegter Indizien, darf er nach objektiven Grundsätzen vorgehen und allgemeine Erfahrungssätze zu Grunde legen.

Aber hat er damit seiner Gestionspflicht genügt? Rosenberg scheint es anzunehmen; denn er erwähnt das „Interesse"-Kriterium gar nicht, wie bereits oben bemerkt. Allein, das ist ein schwerer Fehler! Denn, indem das Gesetz das Interesse-Kriterium der §§ 677 ff. schuf und prägte, hat es die Geschäftsherren mit einem sozialen Schutzwall von undurchdringlicher Dichtigkeit umgeben, an dem die meisten Gestionstätigkeiten am ehesten zerschellen. Nichts anderes macht das B.G.B. den Gestoren zur Pflicht, als daß sie nicht nur in Übereinstimmung mit dem inneren oder wenigstens (in Ermangelung

[23]) Lehre von dem Richtigen Rechte, S. 509.

einer solcher Möglichkeit) mit dem äußerlich mutmaßlichen Willen ihrer Geschäftsherren handeln, sondern auch, daß sie zugleich durch ihre Tätigkeit die Herren in objektiver Weise fördern. Verstoßen sie auch nur irgendwie gegen eins der beiden Erfordernisse, so ist ihre Tätigkeit ungültig. Es hilft ihnen nichts, daß sie beweisen können, der Patient wollte es gar nicht anders, er hätte, wenn er dazu im stande gewesen wäre, zweifellos die Operation verlangt, — sobald diese mißlang oder nicht so gelang, daß wirklich das „Beste" des Patienten befördert wurde. Und es hilft ihnen auf der andern Seite nichts, daß die Operation den Kranken gesund gemacht hat, wenn sie nicht beweisen, daß dies auch seinem Willen entsprach!

Es ist nach alledem falsch, wenn Behr S. 421 mit dem Interessebegriff in folgender Weise verfährt: .... Niemand könne gezwungen werden, etwas als sein Interesse anzuerkennen, was er selbst als solches leugnet. Es müsse lediglich sein subjektiver Wille in Betracht kommen .... Wenn das Gesetz vom „mutmaßlichen" Willen des Geschäftsherrn spreche, so sei hierunter nur der nach dessen Charakter und nach dessen Individualität anzunehmende Wille zu verstehen. Der Betroffene also könne nachträglich erklären, daß die Handlungsweise des Arztes mit seinem Willen in Widerspruch stand und daß es auf seinen und nicht auf den Willen „der Allgemeinheit" ankomme.

Abgesehen davon, daß dem Geschäftsführer natürlich eine willkürliche „nachträgliche Erklärung" des dominus negotii, sein Wille sei ein andrer gewesen, nichts schaden kann, wenn ein von seinem inneren Willen divergierender „mutmaßlich" war, hat Behr eben völlig übersehen, daß das B.G.B. durch eine kunstvolle (aber innerlich sehr logische und folgerechte) Operation selber durch Ausschneidung des „Willens"-Elementes aus dem populären „Interessen"-Begriff[24]) beides erreicht hat: in subjektiver und objektiver Beziehung soll der Geschäftsherr gefördert sein. Nur wenn er sein Bestes wirklich oder mutmaßlich gefördert sehen wollte und diese Förderung eintrat, braucht er die auftragslose Übernahme eigener Geschäfte durch andre gegen sich gelten lassen.[25])

[24]) Wie er z. B Richard Schmidt als Einteilungsmaßstab in seinem Buch „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe" diente und wie er durchgängig im Alltagsleben gebraucht wird.

[25]) S. hierzu Brückmann a. O. S. 114 ff. über das „Interesse"-Kriterium.

Hierbei ist zu beachten, daß das Gesetz, so sehr es auch bestrebt war, die Geschäftsherren gegen freiwillige Geschäftsführer zu schützen, doch bis zu einem gewissen Grade eine Objektivierung der freien, subjektiven Persönlichkeit vollzogen hat: bis zur Höhe des objektiven Interesses und der Vermutlichkeit seines Willens trägt der Geschäftsherr die Gefahr seines divergierenden wirklichen Willens. Vom Standpunkt des Gestors betrachtet, haben wir es hier mit etwas Objektivem zu tun: dem subjektiven Menschen als Mitglied des sozialen Gemeinwesens, als Objekt der Außenwelt, das infolge der nahen räumlichen und anderweitigen Beziehungen unter Umständen sich Eingriffe gefallen lassen muß, die es keinesfalls gebilligt haben würde.[26]) Die Formulierung Endemanns, auf den Behr sich (a. O.) beruft, und die von einer „durchgeführten subjektiven Abmessung". spricht, ist deshalb mit Vorsicht aufzunehmen.

II. Nun kennt das Gesetz allerdings einen sehr wichtigen Fall, wo dem Geschäftsführer — hier also dem Operateur — die Rücksichtnahme auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn — hier des Patienten — erlassen wird. Ihn regelt der § 679 B.G.B.,[27]) nach welchem „ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn" nicht in Betracht kommt, „wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, nicht rechtzeitig erfüllt werden würde." Rosenberg faßt diese Bestimmung ins Auge, um mit ihrer Hilfe die Lücken, die durch die divergierenden Willensrichtungen des Operierten gerissen werden, zu füllen. Sie ist jedoch durchaus nicht geeignet, um zu einem lückenlosen System — selbst im Sinne des Herrn Verfassers und von seinem Standpunkt aus — zu gelangen.

Freilich, — was Behr an prinzipiellen Gesichtspunken (S. 420) gegen die Anwendung des § 679 in Bezug auf die entgegenstehende Willensmeinung des Patienten vorbringt, ist wieder nicht richtig. Von dem Willen ist ja hier vollständig abzusehen! Er kann gar nicht beliebig seine Genehmigung versagen oder erteilen! Im Fall des § 679 kommt eben nicht das Geringste auf die Willenselemente an! —

---

[26]) a. O. S. 142.

[27]) „§ 678" bei Rosenberg a. O. S. 76 ist wohl nur ein Schreib- oder Druckfehler.

Aber in folgendem liegt der Schwerpunkt: Roſenberg legt (S. 75) den Tatbeſtand des Selbſtmordverſuches zu grunde, bei dem vermutet werden ſolle, daß der Täter ärztliche Hilfe ablehne,[28]) und ſetzt dem entgegen: „Wenn jemand den Verſuch macht, ſich ſelbſt zu töten, ſo bekundet er durch dieſe Verſuchshandlung noch lange nicht den Willen, unbeſtimmte Zeit — Stunden, Tage, Wochen — ohne ärzliche Hilfe im Todeskampfe zu liegen. Ein Mann z. B. will ſich durch einen Schuß in das Gehirn töten; aus Verſehen oder durch Zufall trifft er ein Auge; die Wunde verurſacht entſetzliche Schmerzen und Qualen. Von einer Vermutung, daß der Verletzte auf ärztliche Hilfe verzichte, kann hier ſchwerlich die Rede ſein.“ Nach § 679 kommt bei öffentlichem Intereſſe ein entgegenſtehender Wille nicht in Betracht. „Im öffentlichen Intereſſe liegt es jedenfalls, daß ein Schwerverwundeter, der ſich eine Kugel in den Kopf geſchoſſen hat, nicht hilflos am Tatort liegen bleibt und dort bei lebendigem Leibe von Raubtieren, Hunden, Katzen oder Würmern aufgefreſſen wird.“

Eine ganze Menge Fehler und Irrtümer ſtecken in dieſem Roſenbergſchen Beiſpiel — oder beſſer geſagt — Beiſpielen; denn eine Reihe von Tatbeſtänden in Wahrheit, nicht nur einen, wie er zu meinen ſcheint, führt der Verfaſſer vor.[29])

Es iſt zunächſt das Bedenken, das ſich der prinzipalen Anwendung entgegenſtellt, auch hier aufzuwerfen: der § 679 verlangt eine „Pflicht“ des Geſchäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Intereſſe liegt. Allein eine Rechtspflicht zum Leben gibt es nicht; das wird kaum beſtritten werden können. Überzeugend iſt hier ſchon, daß ſich das Kriterium der „Rechtzeitigkeit“ der Erfüllung dieſer „Pflicht“ mit ihr begrifflich abſolut nicht verträgt. Der Gedankengang: die Rettung des Selbſtmordkandidaten iſt eine gültige auftragloſe Geſchäftsbeſorgung, weil ohne ſie ſeine Pflicht zu leben nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre, iſt ein Unding, das

---

[28]) Nach Heimberger, Strafrecht und Medizin S. 13.

[29]) Daß Roſenberg über die Tragweite des § 679 nicht klar iſt, geht ſchon daraus hervor, daß er erſt zutreffend geltend macht, von einer Vermutung, daß der Selbſtmordkandidat auf ärztliche Hilfe verzichte, könne in ſeinem Beiſpiel keine Rede ſein, und dann betont, nach § 679 komme ein entſprechender Wille nicht in Betracht. Iſt ein andrer Wille „mutmaßlich“, braucht der Arzt den § 679 nicht; beruft er ſich auf § 679, kann er ganz vom Willen abſehen. S. die Ausführungen im Text.

in den Iheringschen „Begriffshimmel" gehört, das wir aber unsern Richtern nicht zumuten können.[30])

Auf den § 679 kann sich somit der Arzt aus begrifflichen Gründen nicht berufen. Es bleibt die Frage: ob ihm im Fall eines Selbstmordversuches des Patienten nicht aus den sonstigen Gesichtspunkten allgemeiner negotiorum gestio geholfen werden kann? — Diese Frage bietet nun gegenüber den regulären Tatbeständen das besondere Tatbestandsmerkmal, daß wir einen gewichtigen äußeren Willensumstand in die Erscheinung getreten vor uns sehen: der Patient will nicht leben; damit verbittet er sich konkludenter jede Rettungshandlung. Ein solches Verbot halte ich für gültig, und ich wüßte nicht, wie man demjenigen, der mit Gefahr seines eigenen Lebens einen Selbstmordkandidaten von den Schienen zieht, oder seinen Erben etwa einen Ersatzanspruch gewähren wollte gegen den Geretteten oder seine Erben, wenn der Retter bei der Rettung zu Tode kommt. Es gibt eben im Gesetz keinen Fall außer dem § 679, in welchem die Willensmeinung des Geschäftsherrn für unbeachtlich erklärt wird. Auf dem indirekten Wege der u. g. die Erfüllung sittlicher Pflichten oder auf den Anstand zu nehmender Rücksichten zu erzwingen, ist in den Beratungen des § 679 ausdrücklich abgelehnt worden und hat auch in ihm keinen Ausdruck gefunden.

Nur in den — freilich sehr häufigen — Fällen, in welchen der Selbstmordversuch in einem Anfall von geistiger Umnachtung oder überhaupt von Geisteskranken verübt wird, ist dem Retter zu helfen. In solchen Fällen ist die Willensrichtung unbeachtlich; es liegt überhaupt keine richtige Willensmeinung vor; es kann also auch auf keinen Willen Rücksicht genommen werden; es reduzieren sich in diesem Fall daher die Erfordernisse einer gültigen auftraglosen Geschäftsbesorgung auf das Kriterium des „Interesses"; in der Summe Wille (wirklicher oder mutmaßlicher) + Interesse wird der erste Summand = 0.[31]) Selbstverständlich hat aber der Retter die Beweislast.

Aber der ganze Tatbestand, wie er bis jetzt erörtert worden ist, hat es lediglich mit der Frage nach der eigentlichen Rettungstätigkeit zu tun; mit der für uns vor allem problematischen Frage

[30]) S. Brückmann S. 157 Anm. 3.
[31]) Brückmann a. O. S. 139, 140.

des operativen ärztlichen Eingriffs befaßt er sich gar nicht. Es mag vielleicht zugegeben werden, daß es eine öffentliche rechtliche Pflicht der Selbstmordkandidaten ist, nicht auf öffentlichen Wegen umherzuliegen, die Rasenflächen zu beschädigen und den Verkehr zu stören, — und ein Arzt, der sie von dort fortschafft, mag einen Anspruch auf sein verauslagtes Droschkengeld in nicht geringerem Grade geltend machen dürfen als jeder beliebige Straßenbummler, — es mag auch sein, daß er mit dieser Wegschaffungstätigkeit sowohl dem wirklichen als auch dem mutmaßlichen Willen als auch dem Interesse des Selbstmörders entsprechend handelt, — ja es mag sogar sein, daß er gleichzeitig damit ein Geschäft der Polizei besorgt, die ja für Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung zu sorgen hat, so daß er eine wohlfundierte Klage gegen Polizei und Selbstmörder als verhaftete Streitgenossen anstrengen kann, — nur eine etwaige operative Tätigkeit kann er schwerlich mit solchen Erwägungen rechtfertigen,[32]) — wobei ich den nur schwer auszudenkenden und noch schwerer juristisch aufzubauenden Fall, daß lediglich durch eine chirurgische Handlung obigen „Pflichten" entsprochen werden kann, nicht weiter ins Auge fassen will.

Vielmehr ist für die Frage der chirurgischen Behandlung die Problemstellung wieder die ganz allgemeine. Es fragt sich, ob der Arzt mit ihr dem wirklichen oder vermutlichen Willen und dem Interesse seines Kranken entsprechend handelt. Diese Frage läßt sich im Fall eines Selbstmordversuches nur mit den größten Schwierigkeiten beantworten, wie jeder zugeben wird. Den deutlichen Willen zu sterben, hat der Arzt hier kennen gelernt, — abgesehen von den Fällen geistiger Umnachtung. Wie sich zu diesem Willen derjenige, zu leiden, verhält, dürfte dem Operateur ein schier unlösbares Rätsel sein. Den Willen zu leiden, um zu leiden, haben nur Asketen; aber den Willen, das Leiden auf sich zu nehmen, um zu sterben, gar viele Kranke und Sieche. Wie will der Arzt hier prüfen und wägen? Wie will er beweisen? Wie will er hinabsteigen in das Dunkel der verworrenen Seelenstörungen? Wie will er die Geheimnisse des gestörten und gebrochenen seelischen Gleichgewichts ergründen? Doch genug der Fragen und Bedenken, da ich hier schon vorweg nehme, was ich erst im folgenden Kapitel gegen den neuesten Versuch ins Feld führen will.

---

[32]) Richtig hier auch Behr a. O. S. 422.

§ 5.

I. Die am Schluß des vorigen Abschnitts aufgeworfenen Fragen leiten bereits hinüber zu der von uns hier noch zu beantwortenden: in welchen Fällen und würde überhaupt — selbst wenn, was den Abschluß dieser Kritik bilden muß, — der Auffassung Rosenbergs an und für sich nicht ein Kardinalfehler innewohnte, — den Arzt die Berufung auf die Grundsätze der negotiorum gestio sicher stellen, und genügen sie, um auch dem Patienten zu seinem Recht zu verhelfen und ihm ausreichenden Schutz gegen chirurgische Souveränität zu gewähren? Denn das ist es ja, was den Inhalt des heiß umstrittenen Problems ausmacht.

Schon Kohlrausch[33]) hebt hervor, daß „für die schwierigsten Fälle der Hinweis auf die „auftraglose Geschäftsführung" des B.G.B." nicht fördern kann. Daß diese Auffassung eine völlig zutreffende ist, dürfte jedem Leser der vorstehenden Betrachtungen ohne weiteres einleuchten. Nur einiges will ich zur besseren Verdeutlichung hier noch einmal im Zusammenhang flüchtig mit wenigen Strichen zeichnen.

Der Arzt, der zunächst nur an eine geringfügige Operation dachte, und dem sich, jetzt wo der Patient in der Narkose liegt, ein großer Eiterherd zeigt, der entfernt werden muß, muß das Messer fortlegen, weil er genau weiß, daß es der Wille des Patienten war, im Falle der Notwendigkeit einer solchen Operation lieber zu sterben.

Oder aber, er muß sich, falls er weiter operierte, ohne von der bestimmten Willensmeinung seines Kranken Kenntnis zu haben, sagen lassen, daß die Operation nicht dem „Interesse" des Patienten entsprach, weil sie trotz sachgemäßester Ausführung nicht zum glücklichen Ende führte, die Beförderung vom Leben zum Tod aber nicht die Beförderung des „Besten" eines Menschen bedeutet. Nicht einmal würde er hier mit dem Einwand, der Kranke wäre doch gestorben, gehört werden können, weil der Tod eines Menschen zweifellos gerade das in objektiver Beziehung seinen „Interessen" am allerdrastischsten zuwiderlaufende Ereignis ist, das man sich denken kann. Die Verlängerung des Lebens auch nur um eine Stunde bedeutet etwas objektiv Nützliches gegenüber dem eine Stunde früher eintretenden Tod.

---

[33]) In seinem Referat über den R.schen Aufsatz, „Zeitschrift" 1903, S. 612 (Nr. 89).

Der Arzt, den der Patient beschwört, ihn sterben zu lassen, und der die heißen verworrenen Beteuerungen für Ausgeburten des Fieberdeliriums hält, über die er als „ungiltige Willenserklärungen" hinwegsehen zu dürfen glaubt, erfährt nach glücklich vollzogener Operation, daß er sich im Irrtum über den Zustand befunden, daß in Wahrheit ein giltiges Verbot vorlag, daß er somit auftragslos eine Geschäftsbesorgung übernommen habe, diese jedoch zwar dem „Interesse", nicht aber dem Willen des Operierten entsprach.

Der Patient dagegen, der hundertmal seinem Willen Ausdruck gegeben, lieber zu sterben denn als Krüppel weiter zu leben, muß sich den Beweis gefallen lassen, daß die und die betreffenden Umstände nicht mehr die Stabilität seiner negativen Willensrichtung, sondern ihre Änderung vermuten ließen, daß somit sein Wille, operiert zu werden, „mutmaßlich" war, es aber objektiver Nützlichkeit mehr entspricht, mit einem Bein und einem Arm weiter zu leben als gar nicht.

Noch drastischer aber tritt das Problem in den Fällen der Behandlung aller derjenigen Personen vor, deren Willensrichtungen in dem oben (§ 3 III) angegebenen Umfang nicht oder nicht völlig zivilrechtliche Beachtung finden. Hier ist der Punkt, an dem die neuerdings von v. Bar vorgetragene Anschauung die entschiedendsten Lücken aufweist.[34]) Handelt es sich um Kinder unter 12 Jahren, um völlig unzurechnungsfähige Personen, so will er im allgemeinen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügend und maßgebend sein lassen, doch dürfte weder die Zustimmung noch der speziell erklärte Wille der gesetzlichen Vertreter „ganz soweit reichen wie die Zustimmung oder der Wille eines vollkommen zurechnungsfähigen Menschen selbst." Dagegen will v. Bar eine Ausnahme zu gunsten der zwar noch minderjährigen aber heranwachsenden „und im natürlichen Sinne zurechnungsfähigen Personen" machen; ihre Zustimmung soll ebenso erforderlich sein, wie der Inhaber der elterlichen Gewalt den minderjährigen Sohn nicht zur Eingehung einer Ehe, zur Ergreifung eines bestimmten Berufes zwingen kann.

Demgegenüber habe ich den Nachweis versucht,[35]) daß diese

---

[34]) a. O. S. 102 ff.

[35]) In der „Deutschen Medizin. Wochenschrift" a. O. und in den „Rechten des Geschäftsführers" S. 152 Anm. 1. S. auch weiter unten.

Entscheidung des Problems de lege lata unrichtig, de lege ferenda aber willkürlich und unbefriedigend genannt werden muß. Weshalb gerade der Zeitabschnitt von 12 Jahren, während doch die Frage mit dem Beginne der Strafbarkeit im Sinne des § 57 R St.G.B. nicht das Geringste zu tun hat und lediglich die zivilrechtlichen Zeitabschnitte bis 7 und 21, bezw. 18 Jahren (Volljährigkeits-Erklärung) in Betracht kommen können, wenn es sich um Gültigkeit von Willensrichtungen handelt?

Wenn es sich aber nicht um die zivilrechtliche Gültigkeit handelt, — wie soll der Arzt imstande sein, die natürliche Zurechnungsfähigkeit des Patienten, dessen „natürliche Zurechnungsfähigkeit" an sich bereits durch die Krankheit (man denke an Typhus u. dergl.!) getrübt und gemindert ist, zu beurteilen? Und weshalb soll ein geistig reifes Kind von 8 Jahren nicht „natürlich" zurechnungsfähig in demselben Maße sein können, wie ein zurückgebliebenes von 14 Jahren? Kennt denn die natürliche Zurechnungsfähigkeit überhaupt derartige Schranken?

Aber wenn v. Bar vielleicht noch glauben kann, mit Recht in solcher Weise differenzieren zu dürfen, — für den Arzt, der sich auf negotiorum gestio berufen will, kommt das alles nicht in Betracht. Für ihn sind Richtung gebend allein die zivilrechtlichen Grundsätze, wie ich sie oben in den größten Umrissen zu zeichnen versuchte. Dann aber muß eines minderjährigen Zwanzigjährigen Willensrichtung für die Frage der Operation ebenso unbeachtlich sein, wie die eines für volljährig erklärten Achtzehnjährigen beachtlich. Rücksicht zu nehmen hat der Arzt nur auf den Willen der gesetzlichen Vertreter, die die Mündel usw. giltig gerade im „Willen" vertreten, und auf das Interesse der Mündel, das von den Vertretern naturgemäß nicht in diesem Sinne wahrgenommen wird, sondern vielmehr an den Personen der Vertretenen haftet. Mag sich also der minderjährige, wenn auch geistig noch so reife Kranke gegen die Operation leidenschaftlich wehren, — entspricht sie dem Willen des Vormundes und ist sie objektiv nützlich, so ist die Geschäftsbesorgung gültig, wie es dem Arzt anderseits nichts helfen würde, daß der Patient ihr nach glücklichem Verlauf jubelnd zustimmen würde, wenn der gesetzliche Vertreter in divergierender Willensrichtung mürrisch abseits steht. „Auftraglos" bleibt die Geschäftsführung, wenn der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte den Arzt flehentlich um die Operation bittet, der Vertreter aber nicht zu-

Digitized by Google

stimmt, — auftraglos und ungültig. — Doch ist es nicht nötig, hier alle die verschiedenartigen Möglichkeiten, die erschöpfend auch gar nicht aufzuführen sind, aufzurollen, die das Problem gerade an dieser Stelle in unerwünschter Fülle erzeugt.

Noch ein andrer Gesichtspunkt stimmt von vornherein gegen die Heranziehung der G. o. A. ungünstig. Die Gesetze kannten seit jeher die Möglichkeit, ungültige Gestionstätigkeiten durch nachträglichen, freien, disponierenden Willen gültig zu machen. Hierfür bot sich das Institut der „Genehmigung" dar, und auch das B.G.B. mußte naturgemäß von ihm Gebrauch machen. „Genehmigt", sagt der § 684 Satz 2, „der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu." Also selbst wenn die Tätigkeit weder dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach, noch mit seinem Willen stimmte, — genug, daß es ihm jetzt beliebt, von ihr Gebrauch zu machen: er hat es in seiner Macht, die Sachlage seinen Zwecken dienstbar zu machen. — Sollen auch diese Sätze, die als Fundamentalsätze für die Lehre der n. g. stets gegolten haben, auf die operative ärztliche Tätigkeit Anwendung finden? Ich wüßte nicht, wie man die Frage verneinen sollte, — aber welche Ausblicke eröffnet die Bejahung! Die Frage der Strafbarkeit einer Handlungsweise wird abhängig gemacht von dem nachträglichen Willen der verletzten Person![36]) Die unterbliebene (nicht nur die versagte) Genehmigung als Tatbestandsmerkmal! Doch ich will diesen, wie ich gern zugebe, sehr billigen Gedankengang nicht weiter verfolgen und nicht ausbeuten, um nicht die Größenverhältnisse der einzelnen Bedenken zu verschieben.[37])

Ich will deshalb nur noch kurz auf einen sehr wichtigen Fall aufmerksam machen, für den die n. g. ganz im Stich läßt, und

---

[36]) Gegensatz: das Antragsrecht des körperlich Verletzten.

[37]) Es sind die gleichen Gesichtspunkte, die das Reichsgericht in seinem Urteil (bei Stooß a. O. S. 117) beschäftigt haben, als es der Anschauung, daß die nachträgliche Verzeihung oder Genehmigung rückwirkende Kraft sollte äußern können, entgegentreten mußte (s. auch unten). Es heißt dort sehr zutreffend: „Wie lange sollte die Frage einer durch eine solche, dem Strafrechte völlig unbekannte, nachträgliche Ratihabition bedingten Rechtmäßigkeit einer Operation und die davon abhängige Frage der Deliktsverübung in der Schwebe bleiben, wollte man es dem gegen Willen des Kranken operierenden Arzte überlassen, durch langwierige Verhandlungen, wissenschaftliche Diskussionen usw. den Kranken oder seine Angehörigen nachträglich von der Nützlichkeit und Notwendigkeit der vollzogenen Operation zu überzeugen?" ....

deſſen Roſenberg aus dieſem Grunde wohl auch keinerlei Erwähnung tut. Es iſt der Fall der Perforation: das Kind im Mutterleibe wird geopfert, um die Mutter zu retten. Daß die Leibesfrucht im Sinne des Geſetzes ein „Andrer" iſt, für den ein Geſchäft beſorgt werden kann, haben wir feſtgeſtellt. Iſt dieſer Frucht etwa nach § 1912 S. 1 B.G.B. ein Pfleger beſtellt, ſo wäre der Arzt genötigt, auf deſſen Willen Rückſicht zu nehmen. Fällt ſie dagegen, falls ſie als Kind exiſtent werden würde, nach § 1912 Satz 2 unter die elterliche Gewalt der Mutter, ſo ergäbe ſich hier geradezu ein ganzes Konglomerat der verwickeltſten Streitfragen. Es iſt deutlich, daß das „Intereſſe" des Kindes zu dem der Mutter im denkbar ſchneidendſten Gegenſatz ſteht. Handelt der Arzt für das Kind, ſo tötet er die Mutter, — und umgekehrt. Immer bleibt eine Handlung ungedeckt. Und es iſt zutreffend, wenn Behr[38]), auf dieſen Fall hinweiſend, die folgenden Bedenken aufwirft: „Wie endlich und als weſſen negotiorum gestor ſollte der Geburtshelfer handeln, der ohne Einwilligung der Mutter den Fötus perforiert? Oder könnte etwa die Perforation der Frucht objektiv oder ſubjektiv als „Geſchäfte" der Mutter bezeichnet werden? Darf die Mutter ihre Leibesfrucht töten? Erſchiene der Arzt nicht eher als ſtrafbarer Gehilfe oder als Alleintäter, denn als negotiorum gestor?" Auch hier will ich mich mit den ſozuſagen gröbſten Bedenken beſcheiden und den Fall nicht bis in alle Einzelheiten verfolgen?[39])

II. Es iſt nun undenkbar, daß uns die Löſung des Problems von einem Rechtsinſtitut her werden kann, aus deſſen Schoß eine derartige Fülle von Bedenken und Zweifeln emporſprießt. Was wäre das für eine „Löſung", die uns in den Hauptfällen im Stich läßt? Kaum daß wir vom Ufer abgeſtoßen ſind, treiben wir auch ſchon ſteuer- und führerlos dahin! So drängt ſich uns die Überzeugung auf: das Übel muß tiefer ſitzen; es liegt hier ein prinzipieller Irrtum vor; es läuft hier irgendwo eine Grenzlinie, die man nicht ſtraflos überſchreiten darf. Und ſo iſt es auch.

---

[38]) a. O. S. 420.

[39]) Heimberger, „Über die Strafloſigkeit der Perforation" (1889) findet S. 24 den Unterſchied zwiſchen der Perforationsfrage und den ſonſtigen allgemeinen Problemen in folgendem: „Dort . . . trifft die Verletzung denjenigen, dem ſie Hilfe zu bringen beſtimmt iſt. Hier aber richtet ſich die Hand des Arztes gegen ein vom Patienten verſchiedenes Weſen . . . ."

Der Grund aber liegt in folgendem: die kriminaliſtiſche Wiſſenſchaft ringt mit der großen Frage, welches dasjenige Moment ſei, das die äußerlich von den meiſten als eine Körperverletzung angeſprochene chirurgiſche ärztliche Handlung als nicht rechtswidrig erſcheinen laſſe. Die einen finden es in objektiven Rechtfertigungsgründen, eine große Menge aber ſucht es in der Zuſtimmung, in der Einwilligung der Patienten oder ihrer berufenen Vertreter. Und namentlich hat es v. Bar erſt wieder neuerdings mit großer Entſchiedenheit ausgeſprochen, daß es keine Heilbehandlung ohne Zuſtimmung des Behandelten gibt. Allein mit dieſer zweiten Gruppe haben wir es hier zu tun, wenn wir das Problem unter dem Geſichtspunkte der n. g. zu betrachten haben.

Und hier liegt denn auch der fundamentale Irrtum Roſenbergs, daß er den Willen des Geſchäftsherrn, ſo wie ihn der Geſetzgeber für das Inſtitut der G. o. A. verwertet, als Rechtfertigungsgrund der zivilrechtlichen Willenserklärung, wie ſie ſich im Auftrag, Werk- oder Dienſtvertrag zu erkennen gibt, an die Seite ſtellt. Hiermit iſt aber das Weſen des Vertrages und der auftragloſen Geſchäftsführung in eklatanteſter Weiſe verkannt. Wie es mir heute paſſen kann, ein Gemälde von Boecklin anzuſchaffen oder einen Extrazug zu mieten, um nach Rom zu fahren, ſo ſteht es mir auch frei, einen Operateur mit der Entfernung eines Schönheitsfehlers, der mir unerträglich vorkommt, zu beauftragen, oder mir den Blinddarm exſtirpieren zu laſſen, obwohl ich noch nie an Appendicitis gelitten habe; — mißglückt hier etwas, bleibe ich vielleicht in der Narkoſe, ſo deckt nach einem ungeſchriebenen Rechte und übereinſtimmender Anſicht mein Vertragswille die ärztliche Tätigkeit, ſofern ſie nur ſachgemäß war und diligentia präſtiert worden iſt. Aber ohne meinen erklärten Willen kann das heute alles nicht gültig, nicht ſtraffrei geſchehen. Die Tatſache, daß ich den Arzt rief und ihm den Auftrag erteilte, ſoweit ich Herr über meine körperliche Integrität bin und deshalb verfügen darf, gab ihm das Recht, an mir tätig zu werden und in meinen Körper die gewollten Eingriffe zu machen. Fehlt dieſer Ruf, ſo fehlt — de lege lata — die Vertragsbaſis, und die rechtfertigende Tatſache entfällt. Niemals kann die G. o. A. die Stelle des Auftrags vertreten; das iſt begrifflich eine völlige Unmöglichkeit. Es kann wohl vorkommen, daß ſie häufig tatſächlich in eine durch das fehlende Mandat ſich

bemerkbar machende Lücke hineintritt, — aber durch diese äußere Kausalität ändert sich nicht das Geringste an dem Wesen und der Eigenart der beiden Institute. Dort ein Tätigwerden auf vorgezeichneten Linien, in festen Bahnen, lebend nur von dem Willen, der die Tätigkeit in Bewegung gesetzt und erhält, der ihr fortwährend allein durch seine Existenz neue Nahrung zuführt und der ihr jederzeit ein Ziel setzen kann, indem er sich ihr entzieht, so daß sie sich nicht weiter bewegen kann und machtlos in sich zusammensinkt,[40]) — hier eine Handlung vorgenommen aus mannigfachen Erwägungen tatsächlicher Natur, in Abwägung sozialer und andrer Gesichtspunkte, völlig auf sich gestellt, auf eigene Gefahr, wenn auch „für einen andern" unternommen, schließlich als giltig anerkannt, wenn sie dem Willen dieses andern nicht zuwiderlief, (mindestens so, wie er gemutmaßt werden konnte) und zugleich Nutzen für ihn brachte oder auch als ungültige kraft erteilter Genehmigung verwertet, weil es eben dem Geschäftsherrn nachträglich paßte, das besorgte Geschäft für seine Zwecke zu verwerten! So ist es unmöglich, daß diese beiden Tätigkeiten jemals einander wesensgleich werden. Sie können sich in ihren Wirkungen nähern, (wie sie ebensogut auch diametral auseinander streben können), es kann aber nie Vertrag werden, was auftraglos vollbracht ist.

Ein einfaches Beispiel kann die Kluft veranschaulichen, die Rosenberg mit einer trügerischen Brücke zu überdecken versucht: ich stelle mir selbst eine Quittung aus, auf grund deren ich eine Summe einkassiere, in der Hoffnung,[41]) mein Freund, dessen Namen ich unter die Urkunde setzte, werde schon seine Zustimmung erteilen, — bin ich etwa straflos, wenn der Freund später erklärt, es habe diese Handlungsweise seinem Willen entsprochen? Auch hier liegt die Sache so, daß einzig und allein das zivilrechtliche Verhältnis, der Auftrag, die Zustimmung des Freundes zu der Einkassierung des Geldes und unterschriftlichen Vollziehung seines Namens beide Handlungen straflos machen konnte, aber nicht der demgegenüber rein zufällige Umstand, daß sie im Einklang mit dem Willen des Berechtigten standen. Auch Verbrecher können einander bestehlen.

---

[40]) Dies wird energisch auch vom Reichsgericht (bei Stooß a. O. S. 115, 116) hervorgehoben.

[41]) Nicht etwa in der Meinung, mein Freund habe zugestimmt: der Arzt, der sich darüber irrt, daß er nicht beauftragt sei, der sich irrtümlich in dem Glauben befindet, der Kranke habe ihn um die Operation gebeten, bleibt straflos wegen tatsächlichen Irrtums.

Das Strafrecht kennt also derartige Heilungen strafbarer Handlungen nicht. Ebensowenig wie die Rechtsordnung dulden kann, daß im Zivilrecht der Gestor an den Geschäftsherrn herantritt und zu ihm spricht: „Ich habe gestern das Haus deines Todfeindes und Konkurrenten angezündet; daß diese Besorgung deines „Geschäfts" deinem Interesse entspricht, — das weißt du; daß sie auch in Übereinstimmung mit deinem Willem geschah, ist selbstverständlich; also ersetze mir meine Aufwendungen", ebensowenig wie sie also solchen Ansprüchen sich dienstbar machen kann, ebensowenig kann sie auf der andern Seite im Strafrechte es zulassen, daß eine Willensrichtung, die selber zum Ausdruck bringt, eine verbrecherische Handlung habe ihr entsprochen, Einfluß auf die strafrechtliche Bewertung in einer die Strafe ausschließenden Richtung sollte gewinnen können. Vielmehr gilt es sich darüber klar zu werden: macht es gerade den Tatbestand der verbrecherischen Handlung aus, daß ohne einen ausdrücklich erklärten Vertragswillen ein Ziel verwirklicht worden ist, so haben wir es mit einem bereits historischen, der Vergangenheit angehörigen Tatbestandskomplex zu tun, der als solcher für immer festgelegt und unwandelbar ist.[42])

[42]) Es öffnet sich hier eine gähnende Kluft zwischen Straf- und Zivilrecht, die in folgendem liegt: das Zivilrecht ist imstande, auch deliktische Handlungen für seine Zwecke fruchtbar zu machen. „Neues Leben blüht aus den Ruinen". Der Grund ist sehr einfach der: daß diese Zwecke wirtschaftlicher Natur sind und auch Delikte u. U. wirtschaftlich fördern können. Das klassische Beispiel, das hier völlig einschlägt, bietet das Institut der Genehmigung. „Eine Verfügung", heißt es im § 185, „die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung („vorheriger Zustimmung", § 183) des Berechtigten erfolgt. Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt" . . . („nachträglich zustimmt," § 184). Also! Verkauft mein Verwahrer die ihm anvertraute Uhr, so ist das eine widerrechtliche Handlung, — ob Unterschlagung oder dgl., bleibe zunächst dahingestellt. Gleichzeitig ist sie auch unwirksam; allein, sie wird wirksam durch nachträgliche Willenserklärungen. Aber noch mehr: verkauft er sie als fur, als Verbrecher, verkauft er sie in seine Tasche hinein, so kann ich dies zivilrechtlich ganz ignorieren und kann sagen: du bist zwar ein Verbrecher, — aber ich will dich als meinen „Geschäftsführer" betrachten; ich will dich nicht aus deiner unerlaubten Handlung auf Schadensersatz belangen, gib mir nur heraus, was du aus deiner „Geschäftsführung" erlangt hast! So steht es im § 687 Abs. 2 B.G.B., der einen genialen rechtspolitischen Gedanken der Römer wiederspiegelt (Vgl. Brückmann a. O. S. 224 Anm. 2). Aber der Dieb bleibt Dieb, — und alle Wohlgerüche Arabiens waschen die befleckte Hand nicht wieder rein. — Selbst Delikten gegenüber, deren Tatbestand in so hohem Maße von dem Willen des Verletzten beeinflußt wird, wie der Ehe-

Aus diesen Gründen ist denn auch nicht zutreffend, was in der angegebenen Richtung Kohlrausch (a.O.) Rosenberg entgegenhält. Er meint, die Sorge für die „körperliche Pflege" seiner selbst oder eines andern umfasse doch nicht das Recht, jemanden mit einer „körperlichen Mißhandlung" zu beauftragen. Und ebensowenig gebe ein solcher Auftrag dem Arzt ohne weiteres das Recht zu der Handlung, die sich ja objektiv als Delikt darstelle. „Beides offenbar nur

---

bruch, bleibt die nachträgliche Zustimmung machtlos. Alle Streitfragen, die sich mit der Bedeutung der Zustimmung für die Schuldfrage, dem Antragsrecht usw. beschäftigen, knüpfen an die vorherige Zustimmung an, wozu zu vergleichen Oppenhoff, Komment., 14. Aufl. S. 424 Anm. 7, 425 Anm. 14; Olshausen, Komm. 6. Aufl. S. 630 Anm. 1., der jedoch terminologisch unrichtig von einer „vorherigen Einwilligung" statt von einer „vorherigen Zustimmung" oder einer „Einwilligung" (§ 183 B.G.B.) spricht; vgl. auch Olshausen S. 634 Anm. 9a, S. 635 Anm. 9c. S. bezüglich der Frage beim Diebstahl zutreffend Olshausen S. 882 Anm. 32a, Oppenhoff S. 574 Anm. 35. Wieder aber nicht ganz korrekt: Olshausen S. 883 Anm. 34: „Demnach liegt der erforderliche Dolus nicht vor, falls der Täter wenn auch irrtümlich die Einwilligung (bezw. Genehmigung) des Inhabers in die Wegnahme oder des Eigentümers in die Zueignung annimmt." Der Täter kann nicht irrtümlich eine „nachträgliche Zustimmung" annehmen. Verschieden hiervon ist die Frage, ob der Dolus ausgeschlossen ist, wenn der Täter in der Voraussetzung handelte, der Inhaber werde die Wegnahme genehmigen. Vgl. über sie Oppenhoff S. 576 Anm. 40. Ob dieser Fall gemeint ist, kommt in der Fassung Olshausens nicht recht zum Ausdruck. — Vortrefflich sind die hier maßgebenden Gesichtspunkte auch schon in dem für die zivilrechtliche Auffassung so überaus wertvollen Reichsgerichtsurteil in der berühmten Hamburger Straffache — vom 31. Mai 1894 —, abgedruckt bei Stooß „Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung", S. 117 — dargelegt: das strafbare Bewußtsein der Rechtswidrigkeit könne, wird dort ausgeführt, „dadurch nicht aufgehoben werden," .... „daß .... Angeklagter darauf rechnete, zukünftig und nachträglich die Zustimmung des besserinformierten Vaters zu erlangen. Stand dem Angeklagten zur Zeit, da er die hier inkriminierten Körperverletzungen verübte, kein Recht auf solche Verübung zur Seite, ... so war mit dem ersten Messerschnitt, den er gegen den Körper des Kindes ausführte, auch das Delikt vollendet und der Strafanspruch des Staates begründet. Diese öffentlich-rechtliche Tatsache konnte durch keine Privatwillkür mehr aus der Welt geschafft werden. Was dem Instanzrichter hier als nachträgliche Zustimmung und Einwilligung vorschwebt, geht im wahren Rechtssinne nicht über die Bedeutung einer nachträglichen Verzeihung einer einmal verübten Rechtsverletzung hinaus. Zu wirken vermag der Wille des Menschen nur auf gegenwärtige und zukünftige, nicht auf vergangene Dinge: ob der in der Narkose seines Fußknochens oder des ganzen Fußes beraubte Patient nachträglich die Amputation billigt oder mißbilligt, kann Geschehenes weder in seiner objektiven noch in seiner subjektiven Gestalt ungeschehen machen".

dann, wenn aus irgend einem Grunde — d. h. eben aus dem geſuchten, vom Verfaſſer nicht angegebenen Grunde — die Rechtswidrigkeit der aufgetragenen Handlung ausgeſchloſſen iſt . . . . . Eine kraft auftragloſer Geſchäftsführung unternommene Handlung kann wohl nur dann rechtmäßig ſein, wenn ſie im Falle eines Auftrages dies wäre." . . . In dieſen Einwänden ſind zwei Momente nicht ſcharf genug auseinander gehalten. Richtig iſt es, daß eine deliktiſche Handlungsweiſe niemals den begrifflichen Erfordernissen der n. g. genügen kann. Was die Rechtsordnung für den Fall eines Vertrages verpönt, kann ſie nicht durch die Hintertür der G. o. A. einlaſſen.[43]) Hier aber handelt es ſich um die Frage, ob nicht gerade die im Vertrag erklärte Einwilligung in die Handlung dieſe ihres deliktiſchen Charakters entkleidet, um die Frage, ob nicht gerade der fehlende Vertrag Tatbeſtandsmerkmal des Deliktes iſt, und ob die Handlung nicht nur deshalb ſtrafbar iſt, weil ſie unbeauftragt vorgenommen worden iſt.[44])

§ 6.

I. Nach alledem erachte ich den Verſuch Roſenbergs, die Strafloſigkeit der ärztlichen operativen Eingriffe in den gehörigen Fällen aus dem Geſichtspunkt der Geſchäftsführung ohne Auftrag zu rechtfertigen, für mißlungen. Wir müſſen wünſchen, daß der „noch nicht betretene Weg" alsbald wieder verlaſſen werde. Sollte die Überzeugung hiervon gleichzeitig auch manche zu der andern, im Eingang dieſer Arbeit niedergelegten des Verfaſſers bekehren, daß wir de lege lata zu zufriedenſtellenden Ergebniſſen nie werden gelangen können, ſo wäre mit der vorſtehenden Kritik nicht nur negative, ſondern auch poſitive Arbeit geleiſtet, — wobei es ſogar dahingeſtellt bleiben kann, ob wir gerade poſitiver geſetzlicher Vorſchriften bedürfen.

---

[43]) Brückmann a. O. S. 18 ff. —

[44]) Wie verträgt ſich nun mit alledem der Umſtand, daß doch zweifellos nicht nur der „innere Arzt", ſondern auch der Chirurg giltige auftragloſe Geſchäftsbeſorgungen vornehmen kann? Ich ſelber habe (a. O. S. 57/8) dieſen Fall in den Kreis meiner Betrachtungen gezogen. Die Antwort iſt ſehr einfach und beſtätigt gleichzeitig die hier vertretene Anſchauung: wir begründen heute die Strafloſigkeit gewiſſer chirurgiſcher Eingriffe eben nicht ausſchließlich mit dem Vertragswillen der Patienten, ſondern ſuchen die Begründung auch aus andern Erwägungen herzuleiten. Vgl. das oben Anm. 42 zit. Urteil bei Stooß S. 115/6.

Ich neige allerdings mehr und mehr zu dieser Ansicht, die gewiß zu einer Zeit, wo die Reformfragen des Strafrechts langsam in Fluß zu kommen scheinen, der aktuellen Berechtigung nicht entbehren dürfte. Weshalb nicht, wenn es möglich sein sollte, den Chirurgen in seiner verantwortungsschwangeren Tätigkeit schützen, weshalb nicht, wenn es angängig, und wo es nötig, mit festem Griff das über seinem Haupte schwebende Damoklesschwert der Rowdyparagraphen entfernen?

Ob es möglich ist, das ist die große Frage. An sie ist man bis jetzt nur immer mit der äußersten Zaghaftigkeit und Vorsicht herangetreten, weil man mit einem gesetzlichen Zustand sich abzufinden hatte und hat, der, wie kein einziger bezweifelt, der Realität der Tatsachen gegenüber mindestens unzulänglich genannt werden muß. Ist man sich aber erst darüber einig, daß mit den bestehenden Gesetzen kein Auskommen, so wäre es de lege ferenda ein beschämendes Eingeständnis eigener Unfähigkeit, wollte man nicht wenigstens den Versuch machen, Anschauungen, über die in ihrem praktischen Ergebnisse, — wie hervorgehoben werden muß, — im Großen und Ganzen Einigkeit oder wenigstens nur quantitative Divergenz besteht, legislativen Ausdruck zu verleihen. Es scheint mir deshalb ganz zweifellos, daß in dem dereinstigen Strafgesetzbuch eine Regulierung des brennenden Problems nicht fehlen wird.[45])

[45]) v. Bar in dem zit. Aufsatz und in „Medizinische Forschung und Strafrecht" (Festgabe für Regelsberger S. 250) ist gegen „legislative Feststellung", — aber weshalb eigentlich? Es handelt sich doch hier um größte und letzte Fragen brennendster Natur. Ganz in unserm Sinne schrieben schon Oppenheim, Z. für Schweiz. Strafrecht 1893 S. 352 und Richard Schmidt „die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe" S. 2, daß die bisherige Erörterung an der Vermischung der lex lata und lex ferenda krankte. „Man stelle ganz offen die rechtspolitische, die gesetzgeberische Frage voran." Ebenso jetzt auch Stooß, Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 566 und Köhler, ... Reformfragen des Strafrechts S. 68 ff. — Auch Straßmann, in den zwölf Vorträgen über gerichtliche Medizin (1903 bei Fischer in Jena) erklärt S. 50: — — „wir würden nichts dagegen einwenden können, wenn in unser Gesetz eine — bis jetzt fehlende — Bestimmung aufgenommen würde, welche die unbefugte Ausführung von Operationen mit Strafe bedroht". Ebenso äußert Hold von Ferneck in seinem Buch „die Rechtswidrigkeit" (bei Fischer in Jena, 1903) S. 3, es gehöre „die Forderung nach einer gesetzlichen Festlegung der „Rechte und Pflichten" der Ärzte zu den aktuellen Fragen der heutigen Gesetzgebung". Vgl. aber auch S. 393—395: der Verf. hält den Arzt für straflos, obwohl er den Tatbestand des Strafgesetzes mit seiner Handlung erfüllt. Auch solche Anschauung muß aber den Wunsch nach gesetzlicher Festlegung lebendig machen.

II. Die Frage drängt sich auf, ob in dieser Sache nicht auch die negotiorum gestio imstande sei, den einen oder andern brauchbaren, fruchtbaren Gesichtspunkt beizusteuern, ob nicht vielleicht die Strafrechtswissenschaft etwas von dem Bürgerlichen Gesetzbuch in gesetzestechnischer Beziehung in unserem Falle lernen könnte.

Der Gedanke scheint nach allem, was im Vorstehenden entwickelt ist, keineswegs absurd, sondern nur im höchsten Grade natürlich. Ich habe hervorgehoben, daß es sich in der ärztlichen Krankenhilfe, von der die chirurgische Behandlungsweise nur ein Unterfall ist, geradezu um einen hervorstechenden Typus der Menschenhilfe handelt, in deren Dienst unser Institut gestellt ist. Ich habe hervorgehoben, daß der Gesetzgeber in Abwägung der gegenseitigen Interessen ein eigenartiges, ihm sicherlich in seiner vollen Bedeutung gar nicht zum Bewußtsein gekommenes Mittel gefunden hat, die Rechte und Pflichten der Beteiligten festzulegen, indem er durch künstliche Aussonderung aller Willenselemente den objektiven Interessenbegriff prägte, der gleichwertig in seiner Bedeutung für die Gültigkeit der Übernahme auftragloser Geschäftsbesorgungstätigkeit dem Willen an die Seite tritt. Und ohne weiteres ist es hier erkennbar, daß wir uns mit diesen beiden Begriffen mitten in dem wildesten Getümmel der problematischen Fragen befinden, die sich um unser Problem auftürmen. Sollte dies ganz ohne Bedeutsamkeit sein?

Sicherlich nicht! Einleuchtend ist es aber, daß wir hier völlig die Frage, in welchen Fällen der Arzt, um straflos zu bleiben, *ohne Auftrag* — oder besser: ohne Einwilligung — zu haben, als Operateur auftreten kann, scharf von der andern, in welchen Fällen man den Arzt zu Operationen gültig beauftragen kann, d. h. inwieweit die Einwilligung des Patienten die chirurgische Handlung ihres deliktischen Charakters entkleidet, inwieweit man Herr über seine körperliche Integrität ist, zu scheiden hat. Schon daß uns die Betrachtungsweise unter dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio in dieser Beziehung deutlich sehen lehrt und uns gleichzeitig mahnt, die Unterschiede nicht wieder zu vergessen, wäre ein nicht zu unterschätzender Fortschritt.[46]) Solange man unterschiedslos diese beiden Fragen zusammen behandelt, kann man zu keinem gesunden Ergebnis

[46]) Das zit. R.G.-Erkenntnis weist schon (s. Stooß S. 115ff.) sehr deutlich auf sie hin.

gelangen, — womit ich jedoch, um Mißverständnissen vorzubeugen, nicht etwa behaupten will, daß nicht nach einem einzigen einheitlichen Rechtfertigungsgrund für die chirurgische Heilbehandlung als solche gesucht werden dürfe; nur muß man in tatsächlicher Beziehung die verschiedenen Tatbestände durchaus gesondert betrachten.

Nur also in tatsächlicher Beziehung, — und nicht in rechtspolitischer —, nur in faktischer, nicht in dogmatischer Betrachtung, denn in Wirklichkeit ist es ein einheitlicher Rechtfertigungsgrund, von dem ausgegangen werden muß, wenn man zu befriedigenden Ergebnissen gelangen will, und von dem auch im Grunde mehr oder minder immer ausgegangen worden ist, — nur daß eben die mühevolle Arbeit, die Ergebnisse der Untersuchungen mit den Sätzen des zwar angeblich geltenden, aber in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechts in Einklang zu bringen, eher der Tätigkeit eines Sisyphus als einer wissenschaftlichen Anstrengung gleichkam. Hierbei konnte man gleichwohl auf einem einzigen festen Punkt auf dem weiten Meer der Streitfragen Blicke ruhen lassen, die sonst nirgends Halt hatten: diesen Punkt bildete die Zustimmung, besser die Einwilligung des Patienten in die ärztliche Tätigkeit. Stand sie fest oder sah der Arzt sie als gegeben an, sodaß er nicht in dolo war, so war schon unendlich viel gewonnen, und es war nur die viel seltener brennend werdende Streitfrage zu beantworten, inwieweit man Herr über seine körperliche Integrität sei. Alles übrige dagegen, was außerhalb dieser Einwilligung steht, was von ihr nicht gedeckt ist, ist bestritten und Gegenstand der wissenschaftlichen Untersuchungen.

In Wahrheit aber handelt es sich keineswegs um die Einwilligung oder die vorherige Zustimmung oder die Genehmigung oder die Zustimmung überhaupt als um den die in Rede stehende Handlungsweise rechtfertigenden Grund, sondern in Wirklichkeit meint man nichts andres als den **Willen** des Patienten, wenn man von der Einwilligung spricht. Die Einwilligung ist nichts als eine Betätigung dieses Willens, als eine Form des äußeren In-die-Erscheinung-tretens; sie kann, wie die Verhältnisse ja zur Genüge ausweisen, etwas rein Zufälliges und Unberechenbares sein; sie kann unter Umständen wegen Zeitmangels oder Bewußtlosigkeit oder aus andern Gründen nicht erteilt worden sein, ohne daß sich doch irgend etwas in dem Willen des Berechtigten dadurch, daß sie ausblieb, geändert hätte. Aber

die Einwilligung, von der man in der angegebenen Richtung spricht, hat auch noch die zweite Seite: daß man sie immer im Zusammenhang mit der „Einwilligung" des Arztes denkt, indem man den geschlossenen Vertrag ins Auge faßt. Allein dieser Vertrag ist insoweit, als er mehr enthält als die „Einwilligung" des kontrahierenden Patienten für die Frage des Rechtfertigungsgrundes unerheblich, — nämlich nach der Verpflichtungsseite hin: denn der Umstand, daß der Arzt durch einen Vertrag nun auch verpflichtet ist, bestimmte Handlungen fraglicher Art vorzunehmen, ist bedeutungslos, — sodaß, um die Problemstellung nicht zu verwirren, am besten ganz davon abgesehen wird, ob ein Vertrag gegeben, sondern einfach gefragt wird, ob Einwilligung vorliegt[47]).

Doch, wie ausgeführt, kommt im Grunde auf sie nichts an, wenn das Problem de lege ferenda an der Wurzel gefaßt werden soll. Sie ist sehr wertvoll für den Arzt, sie ist ein wichtiges Tatbestandsmoment, weil sie, soweit sie überhaupt gültig ist, nach heutiger Praxis auch den ihr gemäß handelnden Arzt schützt, aber sie ist nichts Primäres, sie ist vielmehr eine Folgeerscheinung, etwas Sekundäres, denn sie ist erst der Ausfluß eines Willens, die Grundlage aber ist der Wille selbst; er ist die Quelle.

Es ist mir persönlich nicht zweifelhaft, daß von ihm im künftigen Rechte ausgegangen werden muß, wenn man unserm Problem gerecht werden will. Es ist nur das eine denkbar, daß wir einer Auffassung zu kodifikatorischer Geltung verhelfen, die wir schon heute als durch die tatsächlichen Verhältnisse bestätigt und betätigt sehen: nämlich der Grundanschauung, daß der Wille des Patienten über die Rechtmäßigkeit der Operation entscheide, soweit ihm überhaupt eine verfügende Macht von der Rechtsordnung anvertraut wird (was eine ganz andre Frage ist). Wenn das Reichsgericht in dem mehrerwähnten Urteil (bei Stooß S. 116) sagt: „Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten wird . . . an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als an dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkte festzuhalten sein", und hierzu der praktische Arzt Dr. med. Thiersch billigend

---

[47]) Richtig hebt auch v. Lilienthal S. 31 Anm. 2 einen ähnlichen Gesichtspunkt hervor.

bemerkt[48]): „Daß die Voraussetzung zur Vornahme einer Operation in der Einwilligung des Patienten zu suchen ist, ist so in Fleisch und Blut des ärztlichen Denkens und Handelns übergegangen, daß Ausnahmefälle hiervon zu den größten Seltenheiten gehören dürften", so liegt diesen Ausführungen ganz sicher die unbewußte Anschauung zu Grunde, daß hier die „Einwilligung", die „Willensübereinstimmung" nur als Betätigung des Willens gedacht ist, sodaß nur eine von dem unzureichenden gesetzlichen Zustand beeinflußte und in ein Prokrustesbett gezwängte Ausdrucksweise vorliegt, die den „pars pro toto"-Charakter deutlich an sich trägt.[48a]) Dies tritt auch sehr drastisch in der genannten Reichsgerichts-Entscheidung in die Erscheinung, die, soweit die nicht von der Einwilligung gedeckten, aber doch schutzbedürftigen Fälle in Frage kommen, mit einer ganzen Reihe von Präsumtionen, Fiktionen, mit dem guten Glauben und andern Surrogaten arbeiten muß, die gleichsam auf diese Ersatzmittel vertröstet und ihre wahrscheinliche Anwendung für die opportunen Fälle in Aussicht stellt[49]).

Alles dies ist aber eine ganz natürliche Folge des Umstandes, daß man auf der Grundlage des geltenden Rechts dem Willen des Patienten nicht zu der ihm gebührenden Stellung verhelfen kann; heute ist es eben nur möglich, ihn insoweit, als er sich in der vorherigen Zustimmung, die zwar meistens, keineswegs aber immer zu einem Vertrag führt, zu erkennen gibt, einigermaßen als Rechtfertigungsgrund zu verwerten.

---

[48]) In seinem Aufsatz im „Ärztlichen Vereinsblatt" von 1894 Nr. 285, auch abgedruckt bei Stooß, S. 127. Mit voller Schärfe und in umfassender Weise vertritt Keßler in seiner scharfsinnigen Arbeit „die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung" den Satz, „daß die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der vorsätzlichen Körperverletzung ausschließe" auf Grund des geltenden Strafrechts. Selbst die Vertreter objektiver Rechtfertigungsgründe rekurrieren eventuell auf die Einwilligung. Z. B. schreibt Heimberger, Strafrecht und Medizin S. 8: wäre der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung, (was Heimberger verneint), so wäre die Begründung seiner Straflosigkeit aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung vollkommen zutreffend.

[48a]) In diesem Sinn heißt es auch in einem Vortrag von Liszts, der mir eben zu Gesicht kommt, abgedruckt in der Zeitschrift für ärztliche Fortbildung (1904): „Die Bedeutung der Einwilligung, also die Bedeutung des Willens des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters" müsse herangezogen werden. De lege lata ist die Gleichsetzung kaum durchzuführen; de lege ferenda ist die Aufrichtung des Willens das Ziel. —

[49]) Sehr zutreffend gegen diese Ausführungen Stooß a. O. S. 34 ff.

Allein das künftige Recht kann hierbei nicht stehen bleiben. Es muß dem Willen als solchem zu der ihm zukommenden Geltung verhelfen, — keiner Willensübereinstimmung, keiner einzelnen Form der Willensbetätigung oder ähnlichem, sondern dem freien und reinen Willen selbst. Der Wille ist kein andrer, ob er vorher oder nachher erklärt wird, wenn er nur wirklich vorhanden war zur Zeit der Tat. Hierüber muß man sich ganz klar werden. Dann aber ergibt sich für den Gesetzgeber die Notwendigkeit, diejenigen Fälle, die durch eine vorherige Zustimmung nicht gedeckt werden, und bezüglich deren er der quaestio voluntatis nicht überhoben ist, legislativ so auszugestalten, daß ihre Behandlung dem Idealzustand, daß möglichst in Bezug auf alle ein maßgebender Wille auch zu Tage treten soll, soweit wie möglich angenähert erscheint[50]).

III. Ist man sich aber erst darüber klar, daß es wirklich nur der Wille des Patienten ist, der, — soweit er Operationen herbeizurufen überhaupt fähig ist, d. h. soweit er zu einem gültigen zivilrechtlichen Verhältnis zu führen vermag, — die herbeigerufene oder herbeigewünschte ärztliche Tätigkeit rechtfertigt[51]), so kann es eigent-

---

[50]) Es ist der Behrschen Schrift (s. oben Anm. 4) nachzurühmen, daß sie eine klare Erfassung der beiden verschiedenen Tatbestände, um die es sich hier handelt, zu Tage treten läßt. (S. insbes. S. 26 ff, 72 ff.) Er bemerkt ganz zutreffend, daß diejenigen Fälle, in denen eine Einwilligung des Verletzten zur Vornahme ärztlicher Eingriffe gegeben wurde, heute zu Bedenken keinen Anlaß geben. In den übrigen Fällen, in welchen der Arzt ohne Einwilligung handelt und nach allgemeiner Anschauung schutzbedürftig ist, rechtfertigt er dann die Straflosigkeit aus dem Gesichtspunkt des „Gewohnheitsrechts", — was natürlich abgelehnt werden muß. Zu rügen ist nur terminologisch der Ausdruck „Genehmigung" auf S. 80.

[51]) Köhler a. O. nennt richtig S. 70 Anm. 4 den Willen des Patienten „die entscheidende Instanz", hält aber in der Folge daran nicht fest und verwertet wieder die „Einwilligung". Natürlich aber kommt er so (S. 73) zu keinem geschlossenen System, sondern zu lauter konkreten Einzelheiten. — Dagegen begegne ich einer vollständig zutreffenden Formulierung jetzt in dem mehrfach cit. Buch von Flügge S. 65 ff., 94. Die Befugnis des Arztes wurzle allein in dem „Willen des Kranken", der Arzt sei stets abhängig von diesem Willen, nur der Wille entscheide über Art und Umfang der Behandlung. Der Arzt soll alle Eingriffe vornehmen dürfen, die der Kranke will oder gemacht haben würde, wenn er sie gekannt hätte. Nur stimme ich nicht darin mit dem Verf. überein, daß das citierte R.-G.-Erkenntnis diese Sätze „in besonders präziser Weise" formuliert hat; daß die Anschauung, die von mir und Flügge vertreten wird, „in letzter Erwägung" (S. 94) dem Urteil zu Grunde liegt, trifft freilich zu.

lich einem begründeten Zweifel kaum unterliegen, daß, insoweit das geltende Recht — oder besser: die herrschende Meinung, die geltende Praxis — die allerdings nur eine Willensbetätigung in Gestalt der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zur Verfügung stellt, in Frage kommt, in allen Fällen, in welchen ein zivilrechtlich relevanter Wille entfällt, der des gesetzlichen Vertreters an seine Stelle treten müßte[52]). Ich bin in meinen obigen Ausführungen von diesem Umstand als von einer selbstverständlichen Tatsache ausgegangen; ich muß aber an der jetzigen Stelle diese Auffassung mit Rücksicht auf die Behandlung, die ihr in der bisherigen Literatur da und dort widerfahren ist, noch mit einigen Worten schärfer präzisieren.

Es ist schon oben gelegentlich meiner gegen v. Bar gerichteten Bemerkungen hervorgetreten, daß eine Unterscheidung, die man mit Rücksicht auf die natürliche Willensfähigkeit minderjähriger oder nicht voll zurechnungsfähiger Personen und unter Zugrundelegung gewisser Altersstufen einführen will, in dem geltenden Rechtszustand eine Begründung nicht finden kann, und daß sie, wenn man sie gleichwohl macht, genau so frei in der Luft schwebt wie das meiste, was de lege lata über die hier behandelten Fragen vorgebracht werden kann und vorgebracht worden ist.

---

[52]) Es sei hier übrigens in Parenthese bemerkt, daß zu einer gesetzgeberischen Berücksichtigung der „Angehörigen" nicht der geringste Anlaß vorliegt. Es braucht den Lesern dieser Zeitschrift nicht gesagt zu werden, in welcher Weise man in der bisherigen Literatur mit diesem Begriff operiert hat, — teils bewußt, teils unbewußt. Charakteristisch genug ist schon die Rechtfertigung, die Stooß (S. 38) versucht. „Es ist" schreibt er „übrigens auch ungewiß, wer zur Vertretung eines Patienten berufen sei. Man wird dieses Recht der Übung gemäß den nächsten Angehörigen des Patienten zugestehen, selbst wenn sie im übrigen zu einer Vertretung nicht berechtigt sind." Es ist sicher, daß Stooß mit diesen Sätzen den bestehenden Zustand zutreffend charakterisiert. Aber dieser Umstand beweist nur deutlich, daß sich eben gewisse Erscheinungsformen des täglichen Lebens von schlechten oder mangelhaften Gesetzen auf die Dauer nicht terrorisieren und vergewaltigen lassen und sich trotz ihrer und gegen sie durchsetzen. Es gibt heute in unserem Problem kaum eine praktische Handhabung, die nicht auf „Übung" beruht. An und für sich natürlich ist auch der Begriff der „nächsten Angehörigen" so willkürlich wie möglich. Er hat weder im Strafrecht noch im Zivilrecht seine Wurzel, sondern lediglich in einer „Übung", die, weil die Gesetze im Stich lassen, sich gebildet hat. Deshalb hat er im künftigen Recht keinen Bestand mehr. Zutreffend hebt v. Lilienthal a. O. S. 42 hervor, daß die Einwilligung von Ehegatten, Geschwistern oder andren nahen Verwandten bei Erwachsenen bedeutungslos ist.

Gleichwohl hat man gegen diese Auffassung prinzipielle Einwendungen erhoben, die ich hier widerlegen muß, weil man sich bewußt werden muß, daß wir, wenn wir, — wie auch ich dies unten tue, — aus rechtspolitischen Erwägungen dem zivilrechtlichen Stellvertreter in unserer Frage nicht die gleiche Stellung, wie er sie im übrigen einnimmt, belassen wollen, von den zivilrechtlichen Grundlinien im erheblichsten Maße abweichen. Ich meine hiermit nicht die oben erwähnten Ausführungen v. Bars, der sich der Ungebundenheit seiner Vorschläge zweifellos gänzlich bewußt ist, sondern insbesondere diejenigen von Lilienthals, der vollständig bewußt die zivilrechtliche Grundlage ablehnt.

Richard Schmidt hat es als ein Verdienst der v. Lilienthalschen Abhandlung hervorgehoben[53]), daß ihr Verfasser schärfer als alle Vorgänger (und Nachfolger, wie ich hinzufügen möchte; denn die Sonderung ist wieder in Vergessenheit geraten) betont habe, daß die beiden Sätze „Ärztliche Handlungen an Einwilligenden sind straflos" und „Die Einwilligung ist der Grund der Straflosigkeit" miteinander nicht vermischt werden dürften; dort bilde die Einwilligung die Schranke, hier das Fundament für die Zulässigkeit des ärztlichen Tuns[54])

Mit Recht. Allein diese Sonderung kann doch nur gegenüber dem augenblicklichen gesetzlichen Zustand Bestand haben, in bezug auf den es feststeht, daß eine große Reihe als schutzbedürftig erkannter Tatbestände aus andern Gründen als aus der erteilten Einwilligung gerechtfertigt werden muß. Sobald ihr aber eine Allgemeingültigkeit vindiziert wird, muß dem als einer petitio principii entgegengetreten werden. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Gesamtauffassung v. Lilienthals zu bekämpfen. Er führt (a. O. S. 32/33) aus: „Es ist aber noch häufiger der Fall, daß der Patient aus Rechtsgründen nicht einwilligen kann, z. B. wenn es sich um Kinder und Geisteskranke handelt. Der naheliegende Ausweg, sich bei der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters . . . . zu beruhigen, führt nicht zum Ziel. Denn es handelt sich hier gar nicht um Rechte, über die jemand im Sinne des Zivilrechts verfügen kann, es können darum die Grundsätze über

[53]) Schmidt a. O. S. 24 Anm. 2.
[54]) v. Lilienthal a. O. S. 42.

eine Stellvertretung im Willen nicht platzgreifen. Für die strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung ist vielmehr vor allem wichtig, daß der Einwilligende die fragliche Handlung selbst straflos vornehmen könnte. Das ist aber bei dem gesetzlichen Vertreter eines Patienten niemals der Fall. Seine Einwilligung ist deshalb nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Dritten aufzuheben."

Alles dies sind Behauptungen, die ihr Urheber beweislos gelassen hat; sie werden sämtlich von der petitio principii beherrscht, daß es sich in der Einwilligung des Patienten in die chirurgische Tätigkeit nicht um eine zivilrechtliche Willenserklärung handle. Gerade dies aber ist nicht richtig und im Grunde auch sonst kaum je in Zweifel gezogen worden. Es gibt gar keine andre Möglichkeit, als die zivilrechtliche Natur der Einwilligung anzuerkennen, — denn um was sonst sollte es sich bei ihr handeln? Und woher nähme man wohl die „Rechtsgründe", aus denen Kinder und Geisteskranke nicht sollen einwilligen können, wenn nicht aus dem Zivilrecht, das die Willenserklärungen dieser Personen für nichtig erklärt? Somit ist in der Tat der gesetzliche Stellvertreter der geborene Vertreter auch hier; und der Weg zu ihm und der Rekurs auf seinen Willen ist keineswegs ein „Ausweg", sondern der allein zur Verfügung stehende Weg, der nicht nur betreten werden kann, wenn der Arzt geschützt sein will, sondern den er auch betreten muß, wenn er nicht verletzen will.

Würde man also de lege ferenda nicht positiv-gesetzliche Ausnahmen statuieren, anderseits aber den Willen des Patienten oder, wie es bisher geschah, die „Einwilligung" als strafausschließend proklamieren, und würde man nicht de lege lata sich auf andre Weise behelfen, um nicht hinter den Tatsachen zurückzubleiben, — so bliebe keine Möglichkeit, als den zivilrechtlichen Gesichtspunkt auch hier schroff durchzuführen und dem Stellvertreter, soweit überhaupt zu Operationen gültig beauftragt werden kann, dieselbe Machtstellung einzuräumen, die ihm bezüglich der andern Willenserklärungen von Gesetzeswegen zukommt. Denn nicht darauf, „daß der Einwilligende die fragliche Handlung selbst straflos vornehmen könnte", kommt es an, sondern, daß er in sie gültig einwilligen, andre mit ihrer Vollziehung gültig beauftragen kann, ist maßgebend.

Natürlich führt aber v. Lilienthal seine Auffassung im weiteren Verlauf zu einer ganzen Reihe von Widersprüchen. Es

soll nämlich die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter[55]) gleichwohl „nicht bedeutungslos" sein. „Sie können zwar die ärztlichen Handlungen durch ihre Zustimmung nicht legitimieren, wohl aber durch ihren Widerspruch zu rechtswidrigen machen[56]). Ähnlich wie v. Bar (s. oben) will er die „Erklärungsfähigkeit" des Patienten im einzelnen Falle geprüft und nicht lediglich durch den Hinweis auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Minderjährigkeit erledigt sehen. Handle es sich dann um jene Personen, deren Einwilligung bedeutungslos sein würde, so werde der Arzt handeln dürfen, „wenn er vernünftigerweise überzeugt sein darf, daß die Patienten einverstanden sein würden, wenn sie überhaupt in der Lage wären, eine Erklärung darüber abzugeben." Obwohl er nun insoweit ganz folgerecht den Arzt auf sich und seine Beziehungen zum Patienten und nur zum Patienten verweist, die natürliche Willensfähigkeit als Maßstab proklamiert und eventuell vernünftiges Ermessen, — denn das bedeutet im Grunde die Präsumtion, die v. Lilienthal empfiehlt, — entscheiden läßt, räumt er gleich darauf doch wieder dem Willen der Vertreter einen entscheidenden, allerdings nur prohibitiv wirkenden Einfluß auf die Gestaltung der Sachlage ein. Es soll nämlich „einen Eingriff in das Recht der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt" darstellen, „wenn eine ärztliche Handlung gegen den ausdrücklichen Willen des Vaters oder Vormundes erfolgen sollte." Aber gleich darauf läßt der Verfasser auch diese negative Bedeutung des Vertreterwillens fallen, indem er ihn wiederum dem des Patienten unterordnet. Denn, wenn der Vertreter Widerspruch erhebe, so sei die Handlung strafbare Körperverletzung, weil nun die Einwilligung des Patienten nicht mehr „vorausgesetzt" werden könne. Aber weshalb nicht? Wo doch so häufig divergierende Willensrichtungen bei Vertretern und Vertretenen vorkommen! — Aber auch hierbei bleibt v. Lilienthal nicht stehen, indem er schließlich einen Satz formuliert, in dem er alle selbstgeschaffenen Schranken und Hindernisse beiseite schiebt und ganz allgemein dem gesetzlichen Vertreter schrankenlose Machtvollkommenheit auch in unsrer Frage überlassen zu wollen scheint. „Wenn es sich", heißt es dort, „darum handelt, ob der Arzt oder der gesetzliche Vertreter über das Wohl

[55]) v. Lilienthal fügt immer noch hinzu „und ähnlicher Personen", — aber davon muß ich natürlich völlig absehen. S. oben Anm. 52.

[56]) a. O. Anm. auf S. 33.

oder Wehe einer zu selbständiger Entscheidung noch unfähigen Person entscheiden soll, so wird der Wille des Vertreters als der maßgebende erscheinen, dessen Nichtbeachtung die Handlung zu einer rechtswidrigen macht." Und dessen Beachtung sie nicht zu einer rechtmäßigen machen sollte? Das ist eine ganz unmögliche Einschränkung, sobald man den Willen des Vertreters als „maßgebend" erscheinen läßt! Aber wie kommt v. Lilienthal überhaupt zu solchen willkürlichen Beschränkungen? Entweder, — er erkennt den gesetzlichen Nexus, der nun einmal zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Gewaltunterworfenen besteht, für dieses Problem an, — dann ist nicht erkennbar, weshalb nur ein Widerspruch, nur ein prohibitiver Wille des Vertreters Kraft haben soll, — oder aber, — er erkennt ihn nicht an, dann kann er dem Willen des Vertreters in keiner Beziehung Einfluß auf die Gestaltung der Sachlage einräumen. Der Umstand, daß wir de lege lata darauf angewiesen sind, uns mit allen möglichen Hilfsmitteln tatsächlicher Natur zu behelfen, kann selbstverständlich an der zutreffenden dogmatischen Konstruktion nicht das geringste ändern, — sind wir doch de lege lata dazu bereit, gewissen „Angehörigen", „nächsten Verwandten", vielleicht sogar guten Freunden und Bekannten Einfluß auf die Gestaltung der Sachlage zu verstatten. Besinnen wir uns aber darauf, wie wir überhaupt dazu kommen, gerade dem „gesetzlichen Vertreter" eine besondere Stellung in unsrer Frage einzuräumen, so kann es nicht lange zweifelhaft bleiben, daß es unstatthaft ist, den Begriff in seinem weiteren Ausbau und in seiner praktischen Anwendung plötzlich von seinen Grundlagen loszulösen, — wenn wir nicht eben einen positiven, anders gearteten gesetzlichen Zustand an die Stelle des sich theoretisch von selbst ergebenden setzen wollen.

Wir glauben somit festgestellt zu haben, daß es sich an sich rechtfertigt, von dem Willen des Patienten in seiner zivilrechtlichen Bedeutung auszugehen; damit ergibt sich von selbst, daß, insoweit dieser Wille vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen wird, an seine Stelle der Wille der letztgenannten Persönlichkeit treten muß [56a])

[56a]) So auch z. B. Fuld, auf dessen Aufsatz „Operationspflicht und Erwerbsfähigkeit" in der Monatsschrift für soziale Medizin 1903 S. 97 ff. ich eben stoße. S. 102 handelt er davon, daß an die Stelle der Einwilligung geschäftsunfähiger Personen die der gesetzlichen Vertreter tritt, als von etwas Selbstverständlichem, und jedem zivilrechtlichen Schriftsteller erscheint dies selbstverständlich. Hier aber liegt reines Zivilrecht vor.

IV. Nunmehr dürfen wir uns wieder unserm eigentlichen Thema zuwenden und daran erinnern, daß hier nicht dem Tatbestande, wo eine zivilrechtlich gültige vorherige Zustimmung die chirurgische Tätigkeit deckt, die Untersuchung gilt, sondern lediglich dem zweiten Tatbestand, daß der Chirurg — wir dürfen nicht sagen: auftraglos oder in Überschreitung seines Auftragverhältnisses, sondern: — ohne Einwilligung oder in Überschreitung der ihm durch sie gesteckten Grenzen tätig wird. Soweit es sich gleichzeitig um den letztgenannten Unterfall der Überschreitung eines Mandats handelt, kann die Frage nicht durch eine gesetzliche Formulierung beantwortet werden. Es handelt sich hier vielmehr um die rein zivilrechtliche Frage der Grenzlinien zwischen Vertragsbruch und auftragloser Geschäftsführung, die für unser Problem genau in derselben Weise wie für andre Probleme in Betracht kommt[57]), um die Frage, wieweit sich ein bestehendes Vertrags- oder sonstiges Berechtigungsverhältnis einer gültigen auftragloſen Geschäftsführung schon begrifflich in den Weg stellt, — eine Frage von der größten Feinheit und Schwierigkeit, die aber nur durch die Wissenschaft, nicht vom Gesetzgeber zu lösen ist.

Für uns handelt es sich allein nur um die einwilligungslose Besorgungstätigkeit, die nach den zivilrechtlichen Grundsätzen an sich zulässig ist, und innerhalb dieses Rahmens um den Maßstab, mit dem den Beteiligten ihre Rechte und Pflichten zugemessen werden sollen.

In dieser Beziehung kann es nun in der Tat nicht zweifelhaft erscheinen, daß es unser aller Rechtsgefühl im höchsten Maße entspricht, daß es durchaus richtig ist, zu sagen: des Arztes operativer Eingriff erscheint dann gerechtfertigt, wenn er (was immer selbstverständliche Voraussetzung: an sich fähig ist, auch zum Inhalt eines Vertragsverhältnisses gemacht zu werden, d. h. an sich in die Dispositionssphäre des Kranken fällt und) in concreto dem Willen des Patienten entspricht, — und zwar, genau wie es das B.G.B. sagt, in erster Linie dem wirklichen, in zweiter dem „mutmaßlichen" des Geschäftsherrn. Dagegen ist es nicht möglich, wie es das B.G.B. für die Gültigkeit der n. g. erfordert, als zweites Erfordernis auch das „Interesse", d. h. die objektive Nützlichkeit zu kumulieren, weil wir ja auch nicht für die Strafloſigkeit der beauftragten

[57]) Brückmann a. O. S. 70 ff.

oder beſſer der durch die Einwilligung gedeckten Operation verlangen, daß ſie von Erfolg begleitet geweſen ſein muß.

Sofort aber rückt das „Intereſſe"-Kriterium, (das Erfolgs-Kriterium, das Nützlichkeits-Moment) machtvoll in den Vordergrund, ſobald die Willenselemente entfallen und weder von einem wirklichen noch von einem mutmaßlichen Willen die Rede ſein kann. Der Geſetzgeber, hier vor die Frage geſtellt, ob er in ſolchen Fällen die Operation gänzlich verbieten ſoll, wird ſie verneinen und es vorziehen, lieber eine nach objektiven Grundſätzen angemeſſene chirurgiſche Heilbehandlung vorgenommen zu ſehen, als die Kranken ſchutzlos zu laſſen. Freilich wird er den Begriff oder das Wort „Intereſſe" nicht verwerten dürfen, weil es, auf ſich geſtellt, auch die Willenselemente umfaßt, da im natürlichen Sinne ein jeder nur das als ſein Intereſſe anerkennen wird, was zugleich ſeinen Wünſchen und Neigungen entſpricht; auch muß er ganz davon abſehen, daß die Handlung Erfolg gehabt hat oder erfolglos geblieben iſt, daß ſie in Wirklichkeit das Beſte des Betreffenden gefördert habe. Er muß ſich vielmehr auf die objektive Angemeſſenheit des Eingriffs als ſolchen, auf ſeine Sachgemäßheit, auf ſeine „Angebrachtheit", auf ſeine wiſſenſchaftliche, mediziniſche, diagnoſtiſche Richtigkeit beſchränken.

Dagegen reichen dieſe Grundſätze ſicherlich nicht aus für das Problem, wenn es ſich durch das Dazwiſchentreten des geſetzlichen Vertreters qualifiziert. Faſſen wir hier zunächſt einmal die völlig Geſchäftsunfähigen, die Wahnſinnigen, die Kinder und alle diejenigen, die wegen geiſtiger uſw. Gebrechen, einen Pfleger für ihre Perſon erhalten haben, ins Auge. Iſt es hier richtig, daß wir dem Willen des Vertreters in der gleichen Weiſe ſouveräne Machtvollkommenheit beilegen, als wenn es ſich um die eigene körperliche Intregität handelte? Dieſe Frage iſt zu verneinen: es kann angängig ſein, ſeine eigene Perſon lebensgefährlichen Operationen zu überantworten, damit Schönheitsfehler oder andere Gebrechen geringeren Grades beſeitigt werden, — es wäre aber unrichtig und unerträglich, dem Willen Fremder ſolche Herrſchaft über den Körper andrer anzuvertrauen. Hier muß der Wille des Vertreters an der objektiven Zweckmäßigkeit des Eingriffs ſeine Grenze finden.

Wie aber ſteht es mit den Willensreiferen, deren Willenserklärungen nur aus beſondern zivilrechtlichen Gründen keine oder

keine volle Beachtung finden? Daß von vornherein z. B. die wegen Trunkſucht oder Verſchwendung Entmündigten gleichwohl willensfähig für unſere Frage bleiben, iſt ſelbſtverſtändlich; es iſt andererſeits ebenſo ſelbſtverſtändlich, daß überhaupt alle unter partieller Pflege Stehenden, auch nur ſoweit die Sorge für die Perſon in Betracht kommt, in bezug auf unſer Problem im Willen beſchränkt ſein können. Alſo ein gebrechlicher Volljähriger, der ſeine Angelegenheiten wegen Geiſtesſchwäche nicht zu beſorgen vermag und deshalb unter Pflegſchaft ſteht, wird für unſere Fragen anders — und zwar als ein Menſch von geringerem Willen — zu behandeln ſein als ein entmündigter Verſchwender. Es iſt klar, daß die Geſichtspunkte hier ganz andre ſind als die für die Probleme der „Geſchäftsfähigkeit“ und „Geſchäftsunfähigkeit“ maßgebenden. Brauchbar ſind hier vielleicht die Formulierungen des § 104 Ziff. 1 und 2. Danach iſt „geſchäftsunfähig“, „wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat“ und „wer ſich in einem die freie Willensbeſtimmung ausſchließenden Zuſtande krankhafter Störung der Geiſtestätigkeit befindet“; — der Zuſatz „ſofern nicht der Zuſtand ſeiner Natur nach ein vorübergehender iſt“ muß fortbleiben. Unmaßgeblich ſind die Geſichtspunkte, nach welchen das B.G.B. überhaupt die beſchränkte Geſchäftsfähigkeit geregelt hat. Von allen dieſen Fragen muß man hier völlig abſehen; da, wo die Formulierungen zufällig mit den hier in Frage kommenden tatſächlichen Verhältniſſen zuſammenſtimmen, ſind ſie verwendbar, im übrigen können ſie nur verwirren. Um dies an einigen Beiſpielen — außer dem obigen — klar zu machen: ein entmündigter Verſchwender oder Trunkſüchtiger iſt, obwohl beſchränkt in der Geſchäftsfähigkeit, als völlig willensfähig hinſichtlich der an ihm zu vollziehenden Operation zu behandeln. Dagegen wäre ein wegen Geiſtesſchwäche unter Pflegſchaft Geſtellter, obwohl auch nur in der Geſchäftsfähigkeit beſchränkt, in bezug auf unſere Frage wohl den ganz Willensunfähigen gleichzuſtellen. Maßgebend iſt alſo ganz im v. Barſchen und v. Lilienthalſchen Sinne die natürliche Willensfähigkeit, — nur daß dieſer Geſichtspunkt rein geſetzespolitiſch zu verwerten iſt und zu feſten Grenzlinien führen muß. Es entſteht dann die Frage: ob unter ſolchen Umſtänden die zivilrechtliche Volljährigkeit überhaupt noch in Betracht zu ziehen iſt, — eine Frage, die man zweifellos verneinen muß, — und es entſteht die fernere Frage, ob man für die „adolescentes“ in dem v. Barſchen Sinne, für

die Heranreifenden eine Stufe schaffen soll, auf der ihr Wille eine nicht entscheidende, wohl aber eine adminikulierende Bedeutung erhalten soll; — diese Frage möchte ich bejahen. Ich möchte mich hier für die gleiche Regelung entscheiden, wie ich sie für den Fall der gesetzlichen Vertretung überhaupt angebracht halte: der Wille dieser Heranreifenden muß an der objektiven Zweckmäßigkeit seine Grenze finden. So daß also vielfach zwei Willensrichtungen vom Arzt zu berücksichtigen wären: der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Vertreters und der des im natürlichen Sinne willensreifen Kindes. Vorgehen muß derjenige Wille, der mit der objektiven Angemessenheit in Einklang steht. Ist die Operation objektiv angemessen, aber entspricht sie weder dem Willen des Vertreters, noch dem des Kindes, so muß sie unterbleiben.

Ich will versuchen, im folgenden einigermaßen zusammenzufassen, wie ich mir in Anlehnung an die Gesichtspunkte, die uns das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag darbietet, die Regelung denke:

„Der operative Eingriff bleibt, auch wenn er nicht durch ein Vertragsverhältnis oder die Einwilligung des verfügungsberechtigten Patienten gedeckt ist, straflos in den folgenden Fällen: wenn er

I. 1. dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen[58]) des Operierten entspricht,

---

[58]) Über das Verhältnis dieser beiden Kriterien zueinander vgl. Brückmann a. O. S. 134 ff. Ist dem Geschäftsführer (dem Chirurgen) der wirkliche Wille des Patienten bekannt, so ist eine Mutmaßung begrifflich unmöglich. „Das positive Wissen ist dem Mutmaßen gegenüber das konsumierende Plus." Insbesondere kann nun der wirkliche Wille dem Arzte aus zwei Gründen verborgen sein. 1. Er ist überhaupt nicht vorhanden; denn es ist sehr wohl möglich, daß sich in bezug auf die fragliche Operation überhaupt kein Wille in dem Patienten gebildet hat; 2. oder aber, — er ist da, — aber der Arzt weiß von ihm nichts. Es entsteht nun die Frage: soll der Arzt nicht die Pflicht haben in denjenigen Fällen, wo er, da ihm der wirkliche Wille des zu Operierenden unbekannt, an sich berechtigt wäre, Schlüsse auf einen mutmaßlichen Willen zu ziehen, den Versuch zu machen, sich über den wirklichen Willen zu orientieren, wenn es ihm ein leichtes ist, dieses Ziel durch Befragung des Patienten zu erreichen? Mit andern Worten: soll der Arzt nicht verpflichtet sein, in den gehörigen Fällen aus der unbeauftragten, einwilligungslosen Handlungsweise eine durch Einwilligung und Auftrag gedeckte zu machen? Nach der obigen Formel brauchte er es, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, nicht. Allein bei näherer Betrachtung wird man nie von einem „mutmaßlichen Willen" reden können, wenn dem Arzt aus Fahr-

2. in Ermangelung eines ſolchen Willens angemeſſen iſt.

II. Iſt der Operierte eine willensunfähige Perſon (Geiſteskranke, Geiſtesſchwache) oder ein Kind unter 12 Jahren, ſo bleibt er ſtraflos, wenn er
1. dem Willen des geſetzlichen Vertreters entſpricht und angemeſſen iſt,
2. in Ermangelung eines ſolchen Willens oder eines geſetzlichen Vertreters angemeſſen iſt.

III. Iſt der Operierte ein Kind über 12, aber unter 18 Jahren, ſo bleibt er ſtraflos[58a]), wenn er
1. dem Willen des geſetzlichen Vertreters und des Kindes entſpricht und angemeſſen iſt.

Befindet ſich der Wille des Vertreters mit dem des Kindes nicht im Einklang, ſo geht derjenige vor, der mit der Angemeſſenheit übereinſtimmt,
2. in Ermangelung eines Willens des Kindes dem Willen des Vertreters entſpricht und angemeſſen iſt (II, 1),
3. in Ermangelung eines Willens des Vertreters dem Willen des Kindes entſpricht, und angemeſſen iſt[59]),

---

läſſigkeit der wirkliche unbekannt geblieben iſt. Hat er doch in ſolchem Falle eine gewichtige Quelle ſeiner Mutmaßung gänzlich ignoriert, nämlich den Träger des Willens ſelber, den er leicht zur Äußerung bringen konnte (ſ. Brückmann a. O. S. 135 Anm. 1). Somit ſcheint mir eine geſetzliche Vorſchrift nach dieſer Richtung unnötig. Will man aber ſicher gehen, ſo gibt der § 681 B.G.B. einen wertvollen Fingerzeig. Dort wird eine Anzeigepflicht für den Geſchäftsherrn ſtatuiert („ſobald es tunlich iſt"), und er ſoll, „wenn nicht mit dem Aufſchube Gefahr verbunden iſt, deſſen Entſchließung abwarten."

[58a]) Ich bemerke: auf das 12. und 18. Lebensjahr lege ich perſönlich keinen Wert. Ich habe dieſe Zahlen erſt bei der Korrektur eingefügt, um das Problem auch in der Faſſung klarer in jedem einzelnen Fall hervortreten zu laſſen. Es bleibt insbeſondere der ärztlichen Wiſſenſchaft überlaſſen, die Grenzen der natürlichen Willensfähigkeit der „modernen Kinder", ſoweit ihnen Einfluß auf die im Text erörterten Fragen verſtattet werden kann oder muß, zu begutachten und feſtzuſtellen. —

[59]) Es ſei mir hier geſtattet, in Kürze auf Geſichtspunkte einzugehen, denen das Reichsgericht in ſeinem neueſten — unſer Problem wenigſtens ſtreifenden — Erkenntnis (oben Anm. 7) Ausdruck gegeben hat. Es handelt ſich

dort um einen Fall, wo ein Vater wegen fahrläſſiger Tötung verurteilt worden war, weil er in Vernachläſſigung ſeiner elterlichen Fürſorgepflicht ſeine 15jährige Tochter nicht rechtzeitig in ſachgemäße ärztliche Behandlung ins Krankenhaus gebracht habe, ſondern ſich „durch die flehentlichſten Bitten dieſer ſelbſt, ſowie durch die vor ihrem Tode geäußerte Bitte ſeiner — (typhuskranken und danach verſtorbenen) — Frau, das Kind im Hauſe zu behalten," habe abhalten laſſen, von dem Aufnahmeſchein für das Krankenhaus rechtzeitig Gebrauch zu machen. Das R.G. hob das Urteil auf und erlannte ſofort auf Freiſprechung, indem es unter anderm ausführte: die Frage, in welchem Umfange und mit welcherlei Maßnahmen die Fürſorge auszuüben ſei, könne nicht allein von rechtlichen Geſichtspunkten aus beantwortet werden; es kämen vielmehr bezüglich des ganzen Fürſorgeverhältniſſes auch „ethiſche Geſichtspunkte" in Betracht. Für den Inhaber der elterlichen Gewalt „vermag nicht überall allein die Erwägung, was objektiv zur beſten Erreichung des Zweckes geſchehen kann, den Ausſchlag zu geben, ſondern wie es gilt, regelmäßig auch Rückſichten abzuwägen, die das Intereſſe der Lebensgemeinſchaft in der Familie fordert, ſo muß neben den materiellen Rückſichten auch denjenigen Raum gewährt werden, welche dem Gebiete des Seelen- und Gemütslebens angehören und Geboten des Sittengeſetzes entſprechen. Kann auch angenommen werden, daß dem Vater ſeinem 15jährigen Kinde gegenüber das Recht zuſteht, dasjenige, was im wohlverſtandenen Intereſſe des Kindes liegt, gegen deſſen Widerſtreben mit Zwang ſelbſt da durchzuführen, wo — **der Fall eines operativen Eingriffes kann hier außer Betracht bleiben** — deſſen leibliches Wohlergehen in Frage kommt, ſo handelt doch derjenige Vater noch nicht pflichtwidrig, der unter Umſtänden, welche erkennen laſſen, daß er für das Wohl des Kindes zu ſorgen gewillt iſt und vermeint, aus Beweggründen, die das Sittengeſetz billigt, von der Anwendung ſolchen Zwanges Abſtand nimmt. Und gleiches muß für den Inhaber der elterlichen Gewalt gelten, der bei Konflikten zwiſchen verſchiedenen und auseinandergehenden ethiſchen Rückſichten oder auch zwiſchen dergleichen ethiſchen und materiellen Rückſichten, trotz des beſten Willens, zum Wohle des Kindes zu handeln, nur aus dem ihm eigenen Mangel an der wünſchenswerten Entſchloſſenheit und Tatkraft die richtige Entſchließung nicht zur rechten Zeit zu treffen vermocht hat. So lange ſein Tun und Laſſen von dem erkennbaren Willen der Fürſoge und in der Wahl der Mittel hierzu auch nur von zu billigenden ethiſchen Rückſichten beherrſcht war, ſo lange kann, ſelbſt bei Ergreifen einer falſchen und mögliche Gefahr bringenden Maßregel nicht von einer ſolchen Verletzung ſeiner elterlichen Fürſorgepflicht die Rede ſein, welche die Grundlage für ſtrafrechtliche Ahndung ſeines Verhaltens .... zu bieten vermöchte". Man wird, wozu man auf den erſten Blick leicht geneigt ſein könnte, die Hineinziehung von „ethiſchen Geſichtspunkten" in die Beurteilung der rechtlichen Schuldfrage bei näherer Prüfung kaum bedenklich finden. Man muß ſich immer vor Augen halten, daß der Wille des geſetzlichen Vertreters als ſolcher beſtimmend und beachtlich bleibt. Läßt er ſich durch ethiſche Geſichtspunkte beeinfluſſen, ſo iſt gewiß nichts gegen ihn einzuwenden. Es handelt ſich hier alſo keineswegs um eine Vermiſchung von rechtlichen und ethiſchen, ſondern lediglich um rechtliche Geſichtspunkte in einer Frage, wo die Berückſichtigung ethiſcher Beziehungen juriſtiſch durchaus geboten iſt. Es fragt ſich nur,

4. in Ermangelung eines Willens oder eines geſetzlichen Vertreters angemeſſen iſt (II, 2)[60]."

Der Verfaſſer will es gern dahingeſtellt laſſen, ob er mit den im Vorſtehenden vorgeſchlagenen und der Diskuſſion übergebenen Formulierungen bereits irgend etwas Abſchließendes erreicht habe.[61])

---

ob ſolche Erwägungen auf dem weiten Gebiet des Fürſorgerechts und insbeſondere auch dort ausreichen, wo es weniger um die Rechtfertigung von Unterlaſſungen, ſondern um poſitive Handlungen geht, alſo vornehmlich auch in unſerm Fall der operativen Eingriffe, den das R.G. vorſichtig bei Seite ſchiebt. Den Widerſpruch der fünfzehnjährigen beſonnenen Tochter mit Zwang zu brechen, ſcheint das R.G. hier ſelbſt nicht für ohne weiteres angängig zu halten. Die von mir oben III[1] vorgeſchlagene Faſſung gibt dieſe Möglichkeit, aber unter einer wichtigen objektiven Begrenzung. Und zweifellos vermag dieſe objektive Schranke gerade deshalb, weil man ſolchen Erwägungen, wie ſie das R.G. anſtellt, in unſrer Frage, die auch eine des Familienrechts iſt, Raum geben muß, in wohltätiger Weiſe den Strom der freien Willensrichtungen zu regulieren und ein Überſchäumen zurückzudämmen

[60]) Einer poſitiven beſonderen Regelung bedarf der Fall der Perforation. Ihr iſt mit den Geſichtspunkten der n. g. nicht beizukommen, was oben dargelegt iſt. S. über ſie insbeſondere den oben Anm. 3 cit. Aufſatz von Koßmann.

[61]) Jedoch wende man nicht ein, das die Abſtufungen und das vorgeſchlagene Schema zu „kompliziert" ſeien. Einmal handelt es ſich hier um eins der feinſten und differenzierteſten Probleme der Jurisprudenz, wo in Wahrheit „alles auf des Meſſers Schneide" ſteht. Dann aber kann dem Arzt ſehr wohl die genaueſte vorherige Überlegung und ſorgfältigſte Berückſichtigung aller einſchlägigen Geſichtspunkte zugemutet werden, wenn er an eine Operation geht. Drittens iſt zu beachten, daß gleichwertig dem Schutz der Ärzte die Schutzbedürftigkeit der willenloſen Patienten an die Seite tritt und der Arzt ſtraflos bleibt, wenn er die Operation unterläßt. — Viertens aber beſtreite ich die Kompliziertheit des Schemas; ich habe die Fälle nicht geſchaffen und nicht erdacht; dem Problem ſind ſie entwachſen, und es iſt die höchſte Aufgabe des juriſtiſchen Kunſthandwerks die Mittel bereit zu ſtellen, die Kompliziertheiten des täglichen Lebens einzuordnen und ſachgemäß zu regeln. Was ich verſuchte, das iſt nur: die unüberſehbare Fülle der Einzelfälle nach ihren gemeinſamen Punkten zu faſſen und auseinander zu falten, auseinander zu legen zwecks Einordnung. Nur ein laienhafter Blick könnte hier eine dogmatiſche Konſtruktion, überhaupt eine Konſtruktion erkennen wollen. Die Dogmatik gab nur die Mittel her, aber Selbſtzweck iſt hier nur das rein Praktiſche, das Konkrete, das Kaſuiſtiſche. Fünftens kommt es nicht ſo darauf an, dem Arzt mit einer „einfachen" Formel zu ſagen, was er tun ſoll, — es gibt eben keine einfache Formulierung, und der leitende Geſichtspunkt meines Schemas iſt der denkbar einfachſte, — ſondern die hilfsbedürftigen Fälle, die vorkommen, zu ſchützen. — Schließlich aber iſt faſt alles, was das Schema enthält, ſchon heute unveräußerliches, eiſernes Gemeingut aller Ärzte, die dieſen Namen verdienen. So ſcheidet zunächſt gänzlich

Auch keine neue „Theorie" wollte ich aufstellen. Nur was sich legislatorisch aus dem zivilrechtlichen Charakter der ärztlichen, von einem vorher ausdrücklich erklärten Dispositionswillen nicht gedeckten Operationstätigkeit herausholen läßt, suchte ich auszuschöpfen und in eine diskutierbare Form zu bringen. Doch möchte ich insoweit eine gewisse Geschlossenheit und logische Folgerichtigkeit meiner Gedankengänge behaupten. Ausgehend von der zivilrechtlichen, d. h. juristischen Natur des Problems, lege ich auch für diejenigen Fälle, in welchen ein vorher geäußerter Wille die chirurgische Tätigkeit nicht deckt, den Willen des Patienten oder seiner Vertreter im Willen zu Grunde, und schreite von diesem Standort aus stufenweis abwärts, indem ich so lange an ihm festhalte, wie mir dies aus legislatorischen Gründen möglich erscheint. Sollte hierbei der eine oder der andre Gesichtspunkt sich als fruchtbar und keimfähig erweisen, — so liegt dies nur an den zivilrechtlichen Beziehungen des problematischen kriminellen Tatbestandes, wie es denn überhaupt nicht unnützlich erscheinen dürfte, diesen einmal in seinen charakteristischen zivilrechtlichen Erscheinungsformen des näheren im Zusammenhang beleuchtet zu haben.

§ 7.

Diese Arbeit, deren Verfasser wenigstens einen bescheidenen Baustein zur gesetzgeberischen Lösung unsers Problems beitragen zu können hofft, darf den von andern Seiten gemachten legislativen Versuchen nicht ausweichen und muß sie wenigstens einer kurzen Betrachtung würdigen.

Nicht der unwesentlichste findet sich in — Hammurabis Gesetz, wo[62]) in den §§ 215—225 eine eingehende Regelung der „Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe" in menschliche und — diesen, wie das Gesetz zeigt, nicht nur begrifflich, sondern auch materiell gleich geachtete — tierische Körper aufgestellt ist. Selbstverständlich trägt die Regelung den Erfolgsstempel; es liegt „Werkvertrag" vor; der erfolgreiche Arzt wird „vergütet", der erfolglose bestraft. Insoweit interessiert das Gesetz nicht. Aber bedeutend

---

das Kriterium der „Angemessenheit" bei der „Schwierigkeit" der Frage aus; dieses liegt jedem Arzt im Blut. Im übrigen gibt, wie ich behaupte, schon eine sinngemäße logische Erwägung in fast allen Fällen die Antwort, die das Schema gibt.

[62]) Ich lege die Ausgabe von Kohler und Peiser zu grunde, Bd. I (bei Pfeiffer in Leipzig, 1904).

ist — die richtige sinnfällige Terminologie: „Wenn ein Arzt einem Manne eine schwere Verletzung .... gemacht und den Mann zum Leben gebracht hat“ .... (§ 215), „wenn ein Arzt einem Manne eine schwere Verletzung .... macht und den Mann zum Tode bringt“ .... (§ 218). Man sieht, der Vorgang ist trefflich erkannt, das Problem am Lebensnerv gepackt: an den äußerlichen, körperlichen Vorgang, dem das Problematische entfließt, wird angeknüpft. Das ist aber die Wahrheit.[63])

Der Versuch des Neuseeländer Gesetzbuches von 1893, auf den Stooß[64]) aufmerksam macht, scheint dann der nächste und einzige aus neuerer Zeit geblieben zu sein. Er lautet: „Geschützt gegen strafrechtliche Verfolgung ist derjenige, welcher zum Nutzen eines andern an demselben mit der erforderlichen Sorgfalt und dem nötigen Geschick eine nach Lage der Sache und dem Zustand des Patienten vernünftige Operation ausführt“. Diese Bestimmung nimmt Stooß begreiflicherweise als eine in seinem Sinne den Anforderungen praktisch Genüge leistende gesetzgeberische Lösung in Anspruch, während sie v. Lilienthal insbesondere deshalb ablehnt, „weil sie von der Einwilligung des Patienten schweigt und damit dem ärztlichen Ermessen einen .... ungehörigen Spielraum eröffnet“. Noch mehr: sie setzt ein ärztliches Gewaltrecht, das wie ein Elementarereignis nicht nur die Schranken des vermeintlichen, sondern auch die des erklärten Willens niederreißt; so brauchen auch den Neuseeländer Gesetzgeber natürlich nicht alle die „differenzierten“ Skrupel der Willensdivergenzen zwischen den gesetzlichen Vertretern und den Vertretenen zu plagen, die uns bedrücken. Es gibt keinen Willen, der imstande wäre, dem Naturereignis des entfesselten Operationsrechts einen Damm entgegenzusetzen. — Gleichwohl ist die Bestimmung nicht einmal von einer objektiven einseitigen Klarheit. Ist der Begriff des „Nutzens“ Tatbestandsmerkmal oder Bedingung

[63]) Ich glaube, Kohler erweist in seinem Kommentar Hammurabi keinen Dienst, wenn er an die Stelle der schweren Verletzung die Begriffe „schwierige“, „schwere Operation“ setzt. Die Operation ist der Vorgang in seiner Ganzheit: die Verletzung und das zum-Leben- bezw. -zum-Tode-bringen. Allein, — Kohler ist ja, wie er mehrfach ausgesprochen, ein lebhafter Gegner der hier vertretenen Anschauung, die das Problematische geradezu in dem äußerlich wie eine Körperverletzung in die Erscheinung tretenden Vorgang erkennen zu müssen glaubt.

[64]) a. O. S. 106, vgl. von Liszt, Strafgesetzgebung der Gegenwart II S. 304, auch bei v. Lilienthal a. O. S. 56/7.

Er lautet[67]):

§ 54a St.G.B.

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung

1. von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft[68]) und nicht in bewußtem Widerspruch mit der freien Willensbestimmung des Verletzten oder dessen gesetzlichen Vertreters begangen wird;
2. von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft[68]) begangen wird, insoweit sie zur Rettung eines anderen aus einer[69]) gegenwärtigen, auf ungefährlichere[70]) Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib oder Leben bestimmt ist."

Diesem Vorschlag gegenüber weiß man nicht, wo anfangen, wo aufhören. Die Leser der Arbeit werden von selbst den Standpunkt erfassen, den ihr Verfasser ihm gegenüber einnehmen muß. Ich kann mich deshalb auf kurze Bemerkungen beschränken. Ich lasse daher die Begründung weg und gebe nur Ergebnisse. Zu tadeln ist — unter sehr viel anderem — folgendes:

1) Die systematische Einordnung als § 54a; es handelt sich um einen besonderen, eigengearteten Tatbestand.
2) Der Ausdruck „Handlungen"; s. oben die Anmerkung 66; er ist überflüssig weitgehend.
3) Das Kriterium der „von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes" begangenen Handlung; gerade hier den Kampf gegen das Kurpfuschertum einzusetzen, scheint unmöglich, auch unerträglich.
4) Das Merkmal „innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft" ist nicht sehr brauchbar; es gibt keine bindenden „Regeln"; auch eine regelwidrige Behandlung kann Großartiges hervorbringen; es kommt auf die Sachgemäßheit an.
5) Was den Tatbestand Nr. 1 im besonderen angeht:

---

[67]) Nach dem in der „Berliner Ärzte-Korrespondenz" 1903, S. 113 ff. veröffentlichten Bericht.

[68]) In der ersten Fassung stand: „innerhalb der Kunstberechtigung".

[69]) Die erste Fassung noch: „von dem Täter nicht verschuldeten".

[70]) Erste Fassung: auf „andere" Weise.

a) Die Zuſätze „bewußt“ und „frei“ ſind überflüſſig; iſt ſich der Arzt des Widerſpruches nicht bewußt, ſo handelt er nicht vorſätzlich; wird die Fahrläſſigkeit nicht beſtraft, ſo bedarf es der Betonung nicht. — Eine nicht „freie“ Willensbeſtimmung — was heißt „frei?“ — iſt keine; das verſteht ſich von ſelbſt.

b) Ziehen wir alles, was falſch und überflüſſig iſt, ab, ſo tritt ein Tatbeſtand zutage, der gar nicht regelungsbedürftig iſt: denn daß derjenige Arzt nicht beſtraft wird, der in Übereinſtimmung mit der Willensbeſtimmung des Kranken oder ſeines geſetzlichen Vertreters zu operieren glaubt, gehört heute zu den wenigen Dingen, die in unſerer Sache unbeſtritten ſind.

6) Was den Tatbeſtand Nr. 2 im beſonderen betrifft:

Hier erkennt man leicht die Ungeſundheit des ganzen Prinzips, das die Geſichtspunkte des Notſtands auf unſer Problem übertragen will. Die Faſſung unterſcheidet ſich von dem heutigen Notſtandsrechte insbeſondere in folgenden Punkten: die Gefahr braucht nicht unverſchuldet zu ſein; ſie muß gegenwärtig ſein; ſie braucht nicht auf „andere“, ſondern nur auf „ungefährlichere“ Weiſe nicht beſeitigt werden zu können; die Rettungshandlung braucht nicht von einem Angehörigen, ſondern von einem approbierten Arzte in Ausübung ſeines Berufes auszugehen.

Bezüglich des letzten Punktes iſt das Nötige ſchon oben bemerkt; an dieſer Stelle das ärztliche Berufsrecht einzuführen, iſt ein verunglückter Gedanke, auch widerſtrebt er den Reformbeſtrebungen im Gebiet des Notſtandsrechts, die überhaupt die Vorausſetzungen der „Angehörigkeit“ beſeitigen wollen; gleichzeitig bleibt er hinter ihnen zurück, da ſie weiter gehen, als er, und Notſtandshandlungen für ſtraffrei erklären, mögen ſie ausgehen, von wem ſie wollen. — Daß die Gefahr nicht auf gefahrloſere Weiſe ſoll beſeitigt werden können, ſchwört neue Gefahren und Probleme herauf. U. U. iſt die innere Behandlung gefährlicher als die Operation; der Vorſchlag geht aber davon aus, daß die Operation (die ja an Stelle der „Handlung“ treten muß) an ſich gefährlicher iſt. Das Erforderuis der „Gegenwärtigkeit“ der Gefahr reicht in keiner Weiſe aus, wie überhaupt der „Gefahr“-Begriff ſelbſt, weder um den Patienten gegen operationsluſterne Ärzte noch Ärzte gegen unſinnige Patienten zu ſchützen, genügt. Es wird den

Ärzten, wie bei Stooß ein Recht auf chirurgiſche Lebensrettung geſchaffen, ſobald nur irgend ein Menſch in Leibes- oder Lebensgefahr ſchwebt. Dies geht einerſeits zu weit, anderſeits nicht weit genug. Zu weit geht es z. B. inſofern, als ja der lebensgefährlich Kranke, der nur durch Operation noch zu retten iſt, operiert werden darf, mag er auch in voll bewußtem Zuſtande dies unterſagen, nicht ausreichend iſt es z. B. inſoweit, als ein bewußtloſer Patient, der nicht lebensgefährlich erkrankt iſt, deſſen Willen aber mit der Operation getroffen iſt, nachher Rache und Chikane an dem Arzte üben kann. —

7) Daß ſchließlich die beiden Vorſchläge in keiner Weiſe dem Problem in ſeinen vielſeitigen kaſuiſtiſchen Erſcheinungsformen gerecht werden, erhellt von ſelbſt; es bleibt alles Problematiſche ungeregelt, und es wird geregelt, was zum Teil nicht problematiſch. —

Es iſt hier eben nur mit abſtrakter Geſetzestechnik zu helfen; die einzelnen Tatbeſtände müſſen auf ihre gemeinſamen Beziehungen unterſucht werden; immer im Auge zu behalten ſind die beteiligten Perſonen, die handeln und behandelt werden; der Vorſchlag, der an einen einzelnen gerade in die Augen fallenden Tatbeſtand anknüpft, bringt vielleicht dieſen glücklich unter Dach und Fach, verletzt aber auf der anderen Seite Lebensintereſſen im wahrſten Sinne des Wortes; nur an den Perſonen rankt ſich das Sachliche in unſerer Frage auf; des Menſchen Wille iſt ſein Himmelreich; in ſeiner Bruſt ſind ſeines Schickſals Sterne; es iſt ſein Geiſt, der ſich den Körper baut. Hier ruht der Lebensnerv des Problems.

Übrigens iſt zweierlei noch zu bemerken: die meiſten wagen gar keine geſetzgeberiſchen Vorſchläge zu machen; aber dies zwingt nimmer, ſich Rechenſchaft abzulegen über die Allgemeingültigkeit und Tragweite ſeiner Gedanken. — Und diejenigen, die es wagen, glauben, die differenzierteſten Dinge mit einfachen Formeln abtun zu können; aber das Wort simplex semper sigillum falsi iſt wirklich faſt immer richtig, insbeſondere kennt die praktiſche Jurisprudenz in Wahrheit keinen einzigen „einfachen Fall“ im landläufigen Sinne.

32.

Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozeß.

Von Staatsanwalt Dr. jur. Albert Feisenberger zu Bochum.

In unserm Volksleben genießt die Staatsanwalschaft eine weniger beliebte als gefürchtete Stellung. Es ist das natürlich und erklärlich daraus, daß sie Strafverfolgungsbehörde ist, daß also ihre Aufgabe im wesentlichen darin besteht, den Verbrecher der rächenden Gerechtigkeit zu überantworten. Die Rache aber, und andres ist ja die Sühne der Verbrechen, — (in der Volksauffassung hat ja die Strafe immer noch in erster Linie den Zweck der Sühne) — durch die Strafe nicht, hat immer etwas von rein ethischem Standpunkte aus minderes an sich.

Aber auch in unserm Rechtsleben ist die Stellung der Staatsanwaltschaft keine beneidenswerte. Wohl kaum eine andere Behörde ist in ihrer Tätigkeit so viel Mißverständnissen und schiefen Urteilen ausgesetzt, als die Staatsanwaltschaft. Diese Tatsache hat ihren Grund zum großen Teil in der mangelnden Kenntnis der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft einerseits, in der falschen Auffassung ihrer Stellung im Prozesse anderseits.

In erster Richtung möchte ich nur bemerken, daß der Laie und nicht zuletzt auch der gebildete Laie von dem inneren Dienste der Staatsanwaltschaft keine Vorstellung hat; er sieht den Staatsanwalt nur in der Öffentlichkeit bei der Vertretung der Anklage in der Sitzung wirken, er glaubt dann, daß darin der Schwerpunkt seiner Tätigkeit beruht. Aus dieser Unkenntnis schreiben sich so gar viele unberechtigte Angriffe, insbesondere in der Verallgemeinerung der vom einzelnen Beamten beim Auftreten in der öffentlichen Hauptverhandlung gemachten Fehler, her gegen die Institution der Staatsanwaltschaft als solche, die von Laien ausgehen und in der von Laien geleiteten Presse oft einen nur allzu bereitwillig gewährten Widerhall finden.

Dieser erste Punkt liegt jedoch heute außerhalb der Aufgabe dieser Abhandlung; ich muß ihn daher mit diesen kurzen Andeutungen verlassen.

Weit wichtiger ist auch der zweite Punkt und zwar deshalb, weil die falsche Auffassung der Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozesse nicht nur bei Laien, sondern auch bei einer großen Zahl von Juristen besteht; insbesondere findet man solche falsche Auffassungen bei den Juristen, die entweder überhaupt nicht in der Praxis oder nicht in der strafrechtlichen Praxis gestanden haben. Gerade in der gegenwärtigen Zeit, in der anläßlich der Erörterungen über die Reform des Vorverfahrens so viel geredet und geschrieben wird, sei es deshalb erlaubt, diese falschen Auffassungen in Kürze etwas näher zu beleuchten und ihnen entgegenzutreten.

Wie so oft, so trägt m. E. ein einziges Wort die größte Schuld an der Entstehung falscher Auffassung über die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozeß, ich meine das Wort: „Partei". Leider hat sich diese Bezeichnung der Staatsanwaltschaft einerseits, des Beschuldigten anderseits derart durch die mündliche Lehre auf den Universitäten und die Lehrbücher eingebürgert, daß es heute als ganz selbstverständlich erscheint, von Staatsanwalt und Beschuldigten als zwei im Strafprozesse sich gegenüberstehenden Parteien zu sprechen. Und doch ist diese Bezeichnung falsch. Der Begriff der Partei schließt unabweislich den Gedanken der Wahrnehmung eines eigenen persönlichen, einem fremden widerstreitenden Interesses in sich. Die Staatsanwaltschaft vertritt aber gar kein eigenes Interesse, sondern sie vertritt das Interesse der Allgemeinheit, das Interesse des Staates. Will man aber hiergegen einwenden, daß sie der Anwalt des Staates sei, daß hier nur in die äußere Bezeichnung als Partei der Vertreter derselben getreten sei, so ist dagegen zu sagen, daß man mit demselben Rechte beziehungsweise Unrechte dann auch den erkennenden Strafrichter als Partei bezeichnen müßte, da auch er bestellt ist, das Interesse des Staates an der Sühne des Verbrechens zu wahren. — Man mag schon hieraus erkennen, zu welchem abwegigen Ergebnisse es führt, wenn man öffentliche, staatliche Interessen[1]) privaten persönlichen

[1]) Im Zivilprozesse des Staates (Fiskus) stehen nicht öffentliche Interessen des Staates, sondern seine Interessen als Privatrechtsperson zur Erörterung.

Interessen gerade so gegenübergestellt, wie private Interessen privaten Interessen. — Sind zwei Parteien vorhanden, so schließt diese Tatsache den Begriff des Streites in sich. Die Staatsanwaltschaft als Vertreter der Staatsinteressen streitet aber nicht mit dem Beschuldigten — sie prüft, sie untersucht seine Handlung, sie entscheidet über dieselbe — denn ihre Anklageschrift, wenn die Untersuchung zur Anklage führt, ist ja nichts andres als eine Entscheidung, allerdings nicht eine Entscheidung über die Schuld, sondern eine solche über den hinreichenden Verdacht der Täterschaft des Angeschuldigten.

Im Vorverfahren steht der Staatsanwalt dem Beschuldigten durchaus objektiv gegenüber. Für das Vorverfahren ist das oft zitierte und ironisierte Wort, die Staatsanwaltschaft sei die objektivste Behörde der Welt, gewiß richtig. Die vielfache Furcht vor der Einwirkung der Justizverwaltung auf die Entschließung der Staatsanwaltschaft bei Erhebung oder Nichterhebung der Anklage ist (meist aus Unkenntnis der Verhältnisse) übertrieben. Fälle, in denen der Erste-Staatsanwalt von seiner vorgesetzten Behörde angewiesen wird, keine Anklage zu erheben, kommen überhaupt nicht vor. Fälle, in denen er angewiesen wird Anklage zu erheben, kommen nicht selten vor; aber, und das ist dabei wesentlich, die vorgesetzte Dienstbehörde erscheint dann nicht etwa als deus ex machina und befiehlt eine Anklage, sondern sie läßt nur auf eine gegen die einstellende Verfügung der Staatsanwaltschaft hin von der angeblich verletzten Person erhobene Beschwerde ihre Anweisung ergehen, wenn sie bei Beurteilung der Aktenlage zu anderer Auffassung gelangt, als der Erste Staatsanwalt. — Insbesondere ist die Furcht, daß die Staatsanwaltschaft zu politischen Zwecken von der Regierung gebraucht werden könnte, eine törichte. Die Regierung wird sich wohl hüten, ein so überaus wichtiges Institut der Rechtspflege in einer Weise gebrauchen zu wollen, durch welche sie sich dem Volke gegenüber bloßstellen, durch welche sie das Vertrauen in die objektive Rechtspflege erschüttern würde.

Nach Erhebung der Anklage ändert sich allerdings die Stellung der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Angeklagten beträchtlich — immer aber nicht so, daß man sie parteiisch nennen dürfte. Erhebt der Staatsanwalt die Anklage, so erscheint ihm eben der Beschuldigte dringend verdächtig, d. h. es liegen nach seiner Beurteilung des Ergebnisses der Ermittlungen zureichende tatsächliche

Anhaltspunkte für die Täterschaft des Beschuldigten vor. Es ist durchaus natürlich, daß der Staatsanwalt jetzt dem Beschuldigten voreingenommen gegenübersteht — das ist aber etwas ganz anderes als parteiisch — und dieser Erfolg muß notgedrungen auch bei dem vorsitzenden und referierenden Richter, der die Akten vor der Hauptverhandlung liest, eintreten, wenn er die Beurteilung billigt, die der Staatsanwalt der Sachlage hat zu teil werden lassen. — Ein Umstand jedoch, der auch diese Voreingenommenheit in hohem Grade paralysiert, ist nicht außer Acht zu lassen, der allerdings nur bei größeren Staatsanwaltschaften vollauf zutrifft. Wie wenige der Sachen, die ein bestimmter Staatsanwalt selbst bearbeitet hat, vertritt er auch in der Hauptverhandlung! Ausgenommen große umfangreiche Sachen, deren Bearbeitung viele Zeit, Mühe und Schwierigkeiten verursacht hat und die daher, um einen zweiten Beamten dieselbe Mühe zu ersparen, auch in der Hauptverhandlung von dem bearbeitenden Staatsanwalt vertreten werden — hat der Staatsanwalt meistens fremde, d. h. von einem anderen Beamten bearbeitete Sachen in der Hauptverhandlung zu vertreten[2]).

In sehr vielen Sachen hat der plaidierende Staatsanwalt vorher nicht einmal die Akten gesehen — sodaß es in der Mehrzahl der Fälle durchaus zutreffend ist, wenn der Staatsanwalt als ein Mitglied des Gerichtshofes ohne Stimmberechtigung aufgefaßt wird[3]).

Ferner muß hier, um einer ebenfalls vielfach verbreiteten irrigen Meinung entgegenzutreten, betont werden, daß dem Staatsanwalt für die Beurteilung der Schuldfrage in tatsächlicher Richtung in der Hauptverhandlung, d. h. also für seinen Antrag eine Anweisung überhaupt nicht erteilt werden kann. — An der Schwelle des Gerichtssaales hört die Möglichkeit der Anweisung auf; der Staatsanwalt beantragt auf Grund freier Beweiswürdigung der Vorgänge in der Hauptverhandlung „Schuldig" oder „Nichtschuldig", „hohes" oder „niedriges Strafmaß", und hat dabei nur seiner eigenen Überzeugung, seinem eigenen Gewissen zu folgen. —

---

[2]) Es gibt wohl sogar Erste Staatsanwälte, die bei der Bestimmung der Sitzungsdeputierten gerade hierauf besonderes Augenmerk richten, um eine objektive Beurteilung der Sache seitens des plaidierenden Staatsanwalts zu erzielen.

[3]) s. Wulfen, Bd. XIV., S. 112 des Archis für Kriminalanthropologie.

Einer Anweisung hat er für die Hauptverhandlung nur insoweit Folge zu leisten, als ihm aufgegeben werden kann, in der rechtlichen Beurteilung einen bestimmten Standpunkt zu vertreten; eine solche Anweisung ist jedoch äußerst selten und pflegt dann nur bei der Frage nach der Gültigkeit oder Auslegung von Polizeiverordnungen (also bei Übertretungen) einzutreten, oder, wenn der Versuch gemacht werden soll, eine bestehende und in der Literatur und Praxis vergeblich bekämpfte Rechtsauffassung des höchsten Gerichtshofes einer neuerlichen Prüfung desselben zu unterwerfen.

Die Staatsanwaltschaft hat nach § 158 St.P.O. „auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln"; daß die Staatsanwaltschaft dieser Pflicht vollauf genügt, lehrt ein Blick in die Justizstatistik, wo man findet, daß in 40 pCt. aller Sachen[4]), in denen ein Vorverfahren überhaupt eingeleitet, d. h. eine Anzeige nicht unmittelbar als unbegründet zurückgewiesen oder der Verletzte mangels öffentlichen Interesses (in den zulässigen Fällen) auf den Weg der Privatklage verwiesen wird, das Verfahren eingestellt wird, oder — um es anders auszudrücken — ein Freispruch seitens der Staatsanwaltschaft mangels Beweis, aus rechtlichen oder sonstigen Gründen, erfolgt. Die Staatsanwaltschaft ist also nicht, (als was sie meist bezeichnet zu werden pflegt, eine falsche Bezeichnung, aus der auch wieder manches Mißverständnis in ihrer Beurteilung sich herschreibt), „Anklagebehörde"; die Erhebung der Anklage bildet nur einen sehr kleinen Teil ihrer Tätigkeit gegenüber der ihr obliegenden Erforschung des Sachverhalts und der Tätigkeit in der Strafvollstreckung.

Es ist nun durchaus unrichtig, wenn man glaubt, daß der Beschuldigte in dem von der Staatsanwaltschaft geleiteten Vorverfahren schlechter gestellt sei, als in der von dem Richter geleiteten Voruntersuchung. Der Beschuldigte wird in jenem Verfahren ebensogut gehört, wie in diesem, es wird ihm ebensogut Zeit und Möglichkeit gelassen, alle seine Entlastungsbeweise vorzubringen; alle diese werden, soweit sie überhaupt erheblich für die Beurteilung der Sache sind, erhoben. — Auch die Ausdehnung der Voruntersuchung erfolgt nicht weiter, als die des Vorverfahrens; ihr sind nach § 188 St.P.O. dieselben Grenzen gezogen.

---

[4]) In Preußen sind im Jahre 1902 von 523 612 Vorverfahren 210 561 seitens der Staatsanwaltschaft eingestellt worden (vgl. Justizministerialblatt 1903, S. 193).

Man behauptet auch mit mindestens teilweisem Unrecht, daß die Mittel, die der Untersuchungsrichter anwende, bessere seien, als die der Staatsanwaltschaft zu Gebote stehenden; insbesondere pflegt dabei ein sehr hoher Wert auf die persönlichen Beweiserhebungen durch den Untersuchungsrichter gelegt zu werden. Ganz abgesehen davon, daß in fast allen größeren Verfahren auch der Untersuchungsrichter vielfach gar nicht persönlich den Beweis erheben kann, insbesondere in andern Bezirken zu erhebende Beweise durch die Polizei oder fremde Gerichte vornehmen lassen muß, hat die persönliche Beweiserhebung, insbesondere die persönlichen Zeugenvernehmungen, auch bei ihren gewiß nicht zu verkennenden Vorzügen, ihre Schattenseite; sie trübt das objektive Urteil und beeinflußt damit auch das objektive Untersuchungsverfahren subjektiv. Diese Gefahr subjektiver unbewußter Beeinflussung ist bei dem Untersuchungsrichter eine sehr große — wobei es ebenso schlimm ist, wenn sie zu Gunsten, als wenn sie zu Ungunsten des Beschuldigten erfolgt; sie ist besonders deshalb eine sehr große, weil der Untersuchungsrichter eben ein Richter ist, der gewohnt ist, zu urteilen, dessen ganze Ausbildung ihn befähigen soll „Recht zu sprechen", dessen sonstige Tätigkeit im „Richten" besteht. Es ist aber etwas weit anderes, das Recht auf Grund eines vorgeführten Tatbestandes zu finden, als diesen Tatbestand zu ermitteln; beides verlangt eine andere Ausbildung, eine andere längere Übung. — Es ist hierbei nicht zu vergessen, daß (abgesehen von den großen, die Minderzahl bildenden Landgerichten) der Untersuchungsrichter stets noch Mitglied einer oder mehrerer Kammern ist. Seine Tätigkeit als Richter im eigentlichen Sinne läuft also neben der des Untersuchungsführens weiter; seine Gewohnheit zu richten, muß also seine Untertätigkeit zu „ermitteln" zweifellos beeinflussen. — Ein Hauptpunkt aber, der in gleicher Weise für den Untersuchungsrichter an den großen wie an den kleinen Gerichten gilt, ist folgendes: es wird ihm in der Regel die Zeit nicht gelassen, die Tätigkeit des Ermittelns gründlich zu lernen, da in der Person des Untersuchungsrichters ein fast ununterbrochener Wechsel stattfindet. Es kommt das naturgemäß daher, weil der Untersuchungsrichter in der Regel von dieser Tätigkeit, die ja seinem eigentlichen Amte „zu richten" entgegengesetzt ist, fortstrebt, und weil die Justizverwaltung darauf die gebührende Rücksicht nimmt und nehmen muß; zwei oder drei Jahre — länger ist, von Ausnahmefällen abgesehen,

an den Landgerichten selten ein Richter Untersuchungsrichter — sind aber eine durchaus unzulängliche Zeit, um sich der Tätigkeit des Richtens zu entwöhnen und an die Tätigkeit des Ermittelns zu gewöhnen.

Die Aufgabe, den Tatbestand einer strafbaren Handlung zu ermitteln verlangt neben vielen Kenntnissen großes Interesse, vielen Eifer und Liebe für diese Tätigkeit; diese Eigenschaften müssen aber naturgemäß in erster Linie die haben, deren Beruf in der Hauptsache in der Erfüllung dieser Aufgaben besteht — das aber sind die Staatsanwälte.

Falls man also bei der Reform der Strafprozeßordnung die Voruntersuchung überhaupt beibehält, so bestelle man die Untersuchungsrichter aus der Zahl der älteren Staatsanwälte. Man wird zweifellos immer eine große Anzahl älterer Staatsanwälte finden, die qualifiziert und bereit sind, das Amt des Untersuchungsrichters zu bekleiden, besonders wenn man ihnen den Rücktritt zur Staatsanwaltschaft offen hält. — Man darf überzeugt sein, daß der größte Teil der Klagen, die jetzt über die Voruntersuchung geführt werden, verstummen wird; es ist nicht die Einrichtung, die fehlerhaft ist, sondern die Einrichtung wird dadurch zu einer mangelhaften, daß der heutige Untersuchungsrichter für die Aufgabe seines Amtes nicht vorgebildet ist.

Der Staatsanwalt lernt alles, was der Untersuchungsrichter wissen soll und muß, in und durch die Praxis — die beste Lehrmeisterin. Der junge Beamte der Staatsanwaltschaft hat, wenn er in den Dienst dieser Behörde eintritt, ältere Kollegen neben sich, bei denen er sich jederzeit befragen kann, die ihm gern mit ihrem Rate zur Seite sind; er steht unter Leitung des Ersten Staatsanwalts, der seine Arbeit kontrolliert, ihn unterweist und ihn aus den Schätzen seiner Erfahrung und Kenntnisse über die Führung der Untersuchungen, die Mittel zur Aufdeckung der strafbaren Handlungen die wertvollsten Aufschlüsse gibt. So verschafft sich der junge Staatsanwalt, der daneben natürlich theoretisch arbeiten muß, schnell und leicht das Rüstzeug, das ihm notwendig ist, um mit Erfolg in der Ermittlung strafbarer Handlungen tätig zu sein, ein Rüstzeug, wie es ebenso der Untersuchungsrichter haben muß, aber, wie nochmals betont sei, mangels Vorbildung nicht haben kann. —

Wie sorgfältig die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen be-

treibt, ergibt die Statistik. Von 208 880 Vorverfahren, die in Preußen im Jahre 1902 zu einem Beschlusse der Strafkammer über Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens geführt haben, hat die Strafkammer nur in 4771 Fällen nicht eröffnet, d. h. also in 2,2 pCt. aller Fälle. — Gegenüber 78 773 von den Strafkammern verurteilten Personen stehen 16 972 freigesprochene Personen, d. h. 21 pCt. Es läßt sich nun leider aus der mir zu Gebote stehenden Preußischen Statistik für 1902 (Justizministerialblatt, S. 190 ff.) nicht ersehen, in wie vielen dieser Sachen Voruntersuchung geführt ist. Es läßt sich aber feststellen, daß gegenüber 2868 von den Schwurgerichten verurteilten Personen 1021 freigesprochene Personen stehen, d. h. ca. 39 pCt. In diesen Schwurgerichtssachen ist aber überall Voruntersuchung geführt und besonders sorgsam und vorsichtig bei der Erhebung der Anklage verfahren! Mag man nun auch mit Recht sagen, daß dieses Ergebnis zum großen Teil durch das von jedem praktischen Strafrechtler, der öfter mit dem Schwurgericht zu tun hatte, nicht genug zu verwerfende mangelhafte Institut des Schwurgerichts verursacht sei — immerhin gibt das Resultat zu denken bei der Beurteilung des Wertes der richterlichen Voruntersuchung gegenüber dem staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren.

Mit den vorstehenden Ausführungen wäre genügendes für den von mir verfolgten Zweck dieser Arbeit gesagt. Ich möchte aber zum Schlusse nicht unterlassen noch auf einen Punkt hinzuweisen, der für die Beurteilung der heute kritischen Frage, ob Abschaffung ob Beibehaltung der Voruntersuchung, nicht unwesentlich erscheint, auf den auch bereits Professor Zucker hingewiesen hat. Ich meine den geringen Prozentsatz, mit denen die Voruntersuchungen an den Ermittlungsverfahren beteiligt sind! Nach der oben bezeichneten Preußischen Statistik sind unter 523 612 Vorverfahren 14 282 Voruntersuchungen geführt d. i. 2,7 pCt.! Meines Erachtens ist nicht zu verstehen, warum die Staatsanwaltschaft geeignet sein sollte, in 97,3 pCt. das Vorverfahren zu leiten — in 2,7 pCt. aber nicht! Ich kann nur denen zustimmen, die die richterliche Voruntersuchung abschaffen und in allen Fällen die Ermittlungen in die Hände der dazu berufenen, befähigten und vorgebildeten Staatsanwaltschaft legen wollen. Allerdings mache ich dabei den Vorbehalt, daß die Staatsanwaltschaft nicht als Partei angesehen werden darf, was sie in der Tat im Vorverfahren nicht ist; mindestens ist sie viel weniger subjektiv, als der Untersuchungsrichter, aus dessen Unter-

suchungen in den meisten Fällen — wie gerade die Staatsanwälte beobachten, die doch am intensivsten mit dem Untersuchungsrichter arbeiten und seine Tätigkeit daher wohl am besten zu beurteilen verstehen — ein subjektives Empfinden für oder gegen den Angeschuldigten zu entnehmen ist. Ich muß mich heute dem Zwecke dieser Arbeit entsprechend auf diese kurzen Bemerkungen beschränken, hoffe aber demnächst in eine nähere Erörterung dieser Frage im Zusammenhange mit der Frage der erweiterten Zulassung der Verteidigung im Vorverfahren eintreten zu können.

33.

Literaturbericht.

Strafrecht, Allgemeiner Teil.

Berichterstatter:
Professor Dr. Kohlrausch in Königsberg (Abschn. I, II, III, IV, VI außer Nr. 33, IX, X).
Privatdozent Dr. Radbruch in Heidelberg. (Abschn. V, VIII und Nr. 33.)
Dr. Graf zu Dohna in Halle a. S. (Abschn. VII.)
Privatdozent und Gerichtsassessor Dr. Fleischmann in Halle. (Abschn. XI.)

I. Lehrbücher, Grundrisse und Kommentare.

1. Ein umfangreiches Lehrbuch ist von Professor Finger begonnen worden.[1]) Bericht bleibt vorbehalten.

2. In der Neuauflage der Holtzendorffschen Encyklopädie ist das Strafrecht von Professor Wachenfeld (Rostock) bearbeitet[2]) (Bd. II, S. 239—326; Einleitung und Allgemeiner Teil: S. 239 bis 293). Wenn die Darstellung auch gerade keine Vertiefung der einzelnen Probleme bedeutet, so wird sie doch vielleicht dem Studierenden ein angenehmes Hilfsmittel werden. — Verfasser steht auf dem Boden der klassischen Schule: Die Strafe ist „ihrer innersten Natur nach weder ein Heil- noch ein Zuchtmittel, sondern eine einfache Reaktion gegen Unrecht, selbst dann, wenn ihre Verhängung mit der Verfolgung besonderer Zwecke verbunden ist. Als Derivat des individuellen Racherechts besteht sie in einer Vergeltung, die um deswillen Rechtsgüterverletzung ist, weil auch durch das Verbrechen Rechtsgüter verletzt werden" (S. 275.). „Die Natur des Strafgesetzes verbietet es, für die in concreto verwirkte Strafe irgend welche Strafzwecke entscheiden zu lassen. Zweckgedanken aber sind es, welche die Art und das Maß der anzudrohenden Strafe bestimmen. Die Strafmittel sind nämlich derart zu wählen, daß

[1]) August Finger (ord. Prof. in Halle), Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band. Berlin, Carl Heymann, 1904 (XIV und 616 S.).

[2]) Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, begründet von v. Holtzendorff; sechste, der Neubearbeitung erste Auflage, herausgegeben von Joseph Kohler; 2 Bände; Leipzig und Berlin, Duncker und Humblot und J. Guttentag, 1903/1904.

schon ihre bloße Androhung von der Ausführung der verbrecherischen Tat abschreckt, ihr Vollzug aber die verbrecherische Neigung zerstört und den Täter möglichst bessert. Diese Gesichtspunkte schlagen jedoch nicht durch, wenn die Selbsterhaltung und das Wohl des Staates auf dem Spiele stehen. Soweit letzteres der Fall ist, rechtfertigen sich auch Strafmittel, welche jedes erzieherischen Charakters entbehren und den Verbrecher vernichten. Das oberste Prinzip bei der Bemessung der anzudrohenden Strafe wird also die Rücksicht auf das Staatswohl sein müssen" (S. 241.). (Dabei dürfte aber die Frage offen bleiben, wie die Realisierung dieser Zwecke gedacht ist, wenn der Richter bei der Verhängung der in concreto verwirkten Strafe den Strafzweck ganz ignorieren soll; es müßte denn sein, daß Verf. die gesetzlichen Tatbestände nicht nach den verletzten Rechtsgütern, sondern nach der Individualität des Täters abgegrenzt wissen will). Den Streit um Determinismus und Indeterminismus erklärt Verf. als für die Fundierung des Strafrechts unerheblich, wenn er auch persönlich dem Indeterminismus zuzuneigen scheint (so bes. S. 274 oben). — Nach einer geschichtlichen Einleitung erörtert Verf. die Lehren des Allgemeinen Teils im wesentlichen im Rahmen des Liszt schen Systems. Die Frage nach Einheit und Mehrheit der Verbrechen ist nicht unzweckmäßig bereits in das 1. Kapitel („Das Verbrechen als Handlung") verwiesen. — Die Stellung des Verf. zu Einzelfragen kann nur angedeutet werden: In der Kausalitätslehre (S. 255 bis 257) gibt den Grundton das bekannte Geklirr mit metaphysischen Kausalitätsketten: kausal ist zunächst die Handlung, durch welche eine zum Erfolg hinführende Kausalkette „angeregt" wird; sie kann aber unterbrochen werden „entweder durch ein dazwischentretendes Naturereignis oder durch die Tätigkeit eines anderen Menschen, der sich seinerseits zum Herrn über die angeregte Kausalkette macht (?). Die Aneignung der Herrschaft muß hinzukommen." Danach bestimmt sich auch die Kausalität der Unterlassung: „Wer sich durch seine Nichttätigkeit zum Herrn über eine Kausalkette macht, der handelt kausal. Daß von ihm die Anregung derselben nicht ausging, ist gleichgültig. Denn derjenige, welchem eine Frucht in den Schoß fällt, hat nicht minder die Herrschaft über dieselbe, wie derjenige, der sie erst pflücken muß." Freilich muß hinzukommen, „die Verpflichtung, den rechtswidrigen Erfolg abzuwenden." Daß damit das Problem gelöst oder auch nur richtig oder pädagogisch zweckmäßig formuliert sei, wagt Referent zu bezweifeln. — In der Schuldlehre (S. 262 bis 266) schließt sich Verf. der Vorstellungstheorie an; er rechnet zum Vorsatz auch die Fälle des dolus eventualis, will aber diesen Ausdruck vermieden wissen. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt er generell nicht. — Der Versuch (S. 267—270) wird bestraft wegen der objektiven Gefährlichkeit der Versuchshandlung. Dieser Gesichtspunkt sei auch festzuhalten bei der Beurteilung des untauglichen Versuchs, dabei aber zu beachten, daß für das Strafrecht „nicht die konkrete Gefahr für das angegriffene Rechtsgut, sondern die Gefahr für

die Rechtsordnung" maßgebend ist. „Ob eine Handlung Gefahr für die Rechtsordnung birgt, kann nur aus ihr selbst geschlossen werden. Aber dafür ist nicht allein ihre Außenseite, sondern auch der nicht in Erscheinung tretende verbrecherische Plan von Bedeutung." Damit dürften aber doch wieder subjektive Momente eingeführt sein. — Aus der Erörterung der Teilnahmelehre (S. 270—275) ist hervorzuheben, daß Verf. für die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe entgegen dem Reichsgericht objektive Gesichtspunkte für ausschlaggebend hält. — Verhältnismäßig eingehend ist die Erörterung des geltenden Rechts über die Strafe (S. 275—293). Der prinzipielle Standpunkt des Verf. wurde bereits erwähnt.

3. In Birkmeyers Encyklopädie hat der Herausgeber selbst das Strafrecht bearbeitet. Die kürzlich erschienene 2. Auflage[3]) bringt eine breitere Ausführung des in der 1. Auflage nur skizzierten „besonderen Teils", unterscheidet sich aber im „Allg. Teil" nicht wesentlich von der 1. Auflage. Unter dem Strafrecht im subjektiven Sinne versteht Verf. „das Recht der Staatsgewalt zu strafen zum Zwecke der Vergeltung für begangene Verbrechen." „Die staatliche Strafe ist veredelte Rache." Gerecht sei die Vergeltung nur dann, wenn sie das Verbrechen in allen seinen Wurzeln und in allen seinen Folgen treffe und bekämpfe, wenn sie also nicht bloß Übel zufüge und so der verletzten Rechtsordnung wie den verletzten Einzelnen Genugtuung verschaffe, sondern zugleich auf den Verbrecher warnend, erziehend, bessernd, abschreckend einwirke, die die menschliche Gesellschaft sichere, das erschütterte Ansehen der Gesetze wiederherstelle, dem Reiz des gegebenen bösen Beispiels entgegenwirke, andere von der Begehung von Verbrechen abhalte" (1099). Die Strafe ist „ein Übel, welches der Staat über den Verbrecher wegen des Bruches der Rechtsordnung und zur gerechten Vergeltung für denselben verhängt," (1134). „Die Strafe soll Vergeltung sein für die Schuld des Verbrechers. Alle Schuld aber ist Willensfehler. Dem bösen Willen also gilt die Strafe. Ihn kann sie jedoch, da der Wille frei ist, nicht direkt zum Guten zwingen wollen. Sie kann ihn nur indirekt bekämpfen, indem sie ihn trifft in den Rechtsgütern des Verbrechers, welche die Herrschaftssphäre seines Willens bilden, und indem sie durch deren Vernichtung oder Schmälerung den Verbrecher zur Beugung seines bösen Willens, zum Wollen des Guten und Rechten, zu motivieren versucht." Daraus ergeben sich die einzelnen möglichen Strafmittel (1135). Das alles heißt doch wohl mit anderen Worten: Gerecht ist die Strafe, wenn sie ihren Zweck erfüllt, das Verbrechen zu bekämpfen; das tut sie aber dann, wenn es ihr gelingt, motivsetzend auf den Verbrecher einzuwirken, die menschliche Gesellschaft zu sichern usw. Danach dürfte aber ein tiefgehender sachlicher Gegensatz zwischen Birkmeyer und der sog. modernen

[3]) Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. (Strafrecht: S. 1095—1202). 2. Aufl. Berlin, O. Häring, 1904

Richtung kaum bestehen. Der Vers. selbst betont ihn freilich hier wie anderwärts aufs schärfste und sucht ihn auf dem Gebiet der Willensfreiheit. „Ohne Willensfreiheit gibt es für den konsequent Denkenden kein Strafrecht, sondern nur polizeiliche Sicherheitsmaßregeln gegenüber dem notwendig Verbrechen Begehenden. . . . Eben deswegen arbeiten die beiden anderen Schulen (die soziologische und die anthropologische) auf seine Reform beziehungsweise seinen Umsturz hin" (1100). — In der Frage der Willensfreiheit könnte in der Tat der entscheidende Gegensatz liegen. Versteht man aber unter der Freiheit des Willens nur die Fähigkeit, „sich nicht direkt zum Guten zwingen zu lassen", gibt man zu, daß man mittels der Strafe den Verbrecher „zur Beugung seines bösen Willens, zum Wollen des Guten und Rechten, zu motivieren" vermag, so dürfte auch die „soziologische Schule" gegen einen solchen Freiheitsbegriff praktisch ebensowenig einzuwenden haben, wie gegen den oben definierten Vergeltungsbegriff. Meinungsverschiedenheiten können — so sollte man meinen — nur noch die praktisch bedeutungslose Frage betreffen, ob es zweckmäßig ist, im Widerspruch mit der üblichen philosophischen Terminologie einen derartigen Willen „frei" zu nennen und jene Reaktion gegen das Verbrechen als „Vergeltung" zu bezeichnen. — Die Stellung Birkmeyers zu den einzelnen Fragen des „Allg. Teils" ist zumeist aus seinen Monographien bekannt. Erwähnt sei die eigenartige Einreihung von Notwehr und Notstand: Die Notwehr wird behandelt beim „objektiven Tatbestand" unter der Überschrift: „Rechtswidrigkeit der Handlung und ihr Ausschluß." Rechtswidrig ist die Handlung, die einer Rechtsnorm zuwiderläuft; aber die „Verteidigung unseres Rechtes gegen das Unrecht kann nicht selbst rechtswidrig sein" (1118 ff.). Die Notstandshandlung dagegen ist rechtswidrig, d. h. ein „Eingriff in die fremde Rechtsgütersphäre" (hier wird also der Begriff der Rechtswidrigkeit nicht, wie bei der Notwehr, subjektiv, sondern objektiv gefaßt; diese objektive Fassung müßte auch bei der Notwehr zur Annahme der Rechtswidrigkeit, jene subjektive auch beim Notstand zur Annahme der Nichtrechtswidrigkeit führen). Die Notstandshandlung bleibt straflos nur aus Billigkeitsgründen. Deshalb wird der Notstand behandelt bei der „Anwendung der Strafe auf das Verbrechen" unter der Überschrift: „Gründe der Nichtanwendung der Strafe", zusammen mit Verjährung und Begnadigung (S. 1156 ff.).

4. Der Grundriß des österreichischen Strafrechts von Lammasch ist nach drei Jahren in zweiter Auflage erschienen[4]). Einzelne Partieen daraus sind auch außerhalb Österreichs gründlichster Beachtung wert. „Strafe ist ein Übel, welches der Staat dem Urheber eines Verbrechens androht, um durch dessen Androhung und

[4]) Finger und Frankl, Grundriß des österr. Rechts, II. Band, 4. Abt.: Lammasch, Grundriß des Strafrechts, 2. verm. u. verb. Aufl., Leipzig, Duncker & Humblot 1902 (109 S.); auch separat.

Vollziehung die nachteiligen sozialen Wirkungen des verübten Verbrechens und die Gefahr der Verübung künftiger Verbrechen zu vermindern" (S. 1). Daraus ergeben sich die einzelnen Strafzwecke, unter denen wir solche Zwecke, „welche jede Form der Strafe anstrebt (allgemeine oder absolute Strafzwecke)," von den Zwecken unterscheiden müssen, „welche der Staat nur in gewissen Fällen, bei Bestrafung gewisser Verbrechen und bei Anwendung gewisser Strafmittel verfolgt (besondere oder relative Strafzwecke)." I. Aufgabe einer jeden Strafe ist es, 1. einen Tadel des mit Strafe bedrohten Verhaltens auszusprechen, 2. durch die Strafdrohung die vom Verbrechen abhaltenden Motive zu verstärken, zu welchem Zwecke es notwendig ist, „die Association der beiden Ideen: Verbrechen und Strafe, zu einer unlöslichen zu gestalten, so daß im Bewußtsein der Menschen der ersten Vorstellung die zweite sofort nachfolgt." II. Neben diesen Zwecken der Generalprävention verfolgt die Strafe mit ihrem Vollzug je nach dem Charakter des ihm unterworfenen Individuums gewisse Aufgaben der Spezialprävention: 1. Unter Umständen genügt es, den Bestraften abzuschrecken, ihm das Strafübel, dessen bloße Androhung sich als ungenügend erwiesen, zur Empfindung zu bringen. 2. Vielfach, insbesondere gegenüber gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechern, hat die Strafe erziehend zu wirken; gegenüber Jugendlichen geradezu mit dem Zweck „moralischer Besserung", gegenüber Erwachsenen durch „mehr äußerliche Gewöhnung an Ordnung und Arbeitsamkeit." 3. Erscheint auch diese „bürgerliche Besserung" nicht mehr erreichbar, dann tritt der letzte der relativen Strafzwecke ein, die Unschädlichmachung. „Auch Unschädlichmachung der Verbrecher, Schutz des Staates gegen dieselbe ist ein Zweck der Spezialprävention, namentlich aber dienen die Maßregeln gegen Gewohnheitsverbrecher" (auch Besserung und Unschädlichmachung?) „dem Zwecke der Generalprävention. Ihnen diesen Charakter künstlich abstreifen wollen (?), hieße, ihre Wirksamkeit abschwächen, dann wäre der von ihnen Betroffene nur mehr ein „Kranker", nicht ein Verbrecher." III. „Außer diesen Zwecken in Bezug auf die Gesamtheit der Staatsbürger und auf das straffällige Individuum verfolgt der Strafvollzug auch noch den der Genugtuung für die durch das Verbrechen erlittene Kränkung gegenüber dem von ihm Betroffenen." — Neben diesen Ausführungen über den Strafzweck (S. 2—4), die zu den neueren strafrechtlichen Richtungen wohl mehr der Form wie der Sache nach in scharfem Gegensatz stehen, beanspruchen allgemeineres Interesse die Erörterungen über „Schuld- und Strafausschließungsgründe" (S. 19—22); Verf. geht die bekannte, m. E. freilich wissenschaftlich unhaltbare, Mittellinie zwischen Determinismus und Indeterminismus, wenn auch dem erstern mehr angenähert als in der 1. Aufl.: „Freilich ist es richtig, daß der Mensch durch die auf ihn einwirkenden Motive bestimmt wird; bis zu einem gewissen Grade ist er aber auch imstande, bei sich selbst und bei andern die Empfindlichkeit gegen bestimmte Motive zu steigern oder abzuschwächen." Verf. vermißt einen strengen Beweis für die

Ausnahmslosigkeit des Kausalitätsgesetzes „selbst für die physische Welt“ (während dieser Beweis doch wohl bereits in der Tatsache unsers Denkens und nur in ihr liegt, sodaß Merkel mit vollem Recht den Beweis von den Gegnern forderte). In der Schuldlehre (S. 22—27) vertritt Verf. die Willentheorie, sieht aber als gewollt nicht nur die bezweckten und die damit notwendig verbundenen Folgen an, sondern auch die Fälle des dolus eventualis, die er treffend dahin charakterisiert: „Wenn die Gleichgültigkeit und Rücksichtslosigkeit jemandes gegen die Interessen andrer so weit geht, daß er die tatsächliche Verletzung dieser Interessen lieber riskiert, als auf eine Gelegenheit zur Erreichung seines Vorteils zu verzichten, so rechnet man den unter diesen Umständen eingetretenen Erfolg, dessen Vorstellung als eines wirklich eintretenden den Beschuldigten nicht abgehalten hätte, zum eventuellen dolus und nicht mehr zur bewußten culpa; . . . . er will zwar nur bedingt und eventuell, aber immerhin will er.“ Die Ansichten des Verf. über „Handlung und Erfolg“ (S. 27—32) sowie über „Versuch und Vollendung“ (S. 31—35) sind bekannt. Die übrigen Abschnitte behandeln im wesentlichen das positive Recht Österreichs („Täterschaft, Mitschuld und Begünstigung“ S. 35—40; „Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe“ S. 40—43; „Strafmittel“ S. 43—48; „Strafzumessung“ S. 48—52).

5. 6. Die bekannten Grundrisse von Birkmeyer[5]) und von Beling[6]) sind in 5. beziehungsweise 2. Auflage erschienen. Beide sind interessant wegen ihrer strengen Durchführung eines individuellen Systems, wertvoll durch ihre reichen Literaturangaben; letzteres gilt namentlich von Birkmeyer und hier wieder insbesondere von der Literatur über die strafrechtlichen Reformfragen Sachliche Ausführungen gibt Birkmeyer nur zu einzelnen Punkten, Beling durchweg, der ausdrücklich einen neben dem Besuch der Vorlesung und dem Studium eines Lehrbuchs zu benutzenden „Ersatz für das Kollegheft“ bieten will. Beide Verf. empfehlen dem Studierenden das Lisztsche Lehrbuch, obwohl beide in der Sache ihren auf der Vergeltungsidee beruhenden abweichenden Standpunkt nachdrücklich betonen.

7. Der „Grundriß des öffentlichen Rechts“ von Schwarz[7]) verfolgt die Absicht, „in der Art eines ausführlichen Kollegheftes in knapper, aber erschöpfender und übersichtlicher Form den Studierenden die Grundzüge der einzelnen Materien, vor allem zur Vorbereitung auf die Prüfungen darzubieten.“ Der 1. Band enthält beide Prozesse und Strafrecht, letzteres auf S. 209—354. Unter den Examensrepetitorien zählt das Buch immerhin noch zu den weniger schlechten.

---

[5]) Karl Birkmeyer, Grundriß zur Vorlesung über das deutsche Strafrecht. 5. Aufl., München, Theodor Ackermann, 1902 (61 S.).

[6]) Ernst Beling, Grundzüge des Strafrechts, 2. Aufl., Jena, Gustav Fischer, 1902 (XII und 120 S.).

[7]) Dr. jur. Otto Georg Schwarz, Grundriß des öffentlichen Rechts. Ein Hilfsbuch für junge Juristen. I. Band. Berlin, Carl Heymann, 1902 (XII und 503 S.).

Wird es, wie Verf. wünscht, wirklich neben einem größeren Lehrbuch gebraucht — Verf. citiert fortlaufend v. Liszt und H. Meyer —, so wird es keinen Schaden anrichten. Immerhin wäre im Interesse seiner Leser die Verwechslung von Determinismus und Indeterminismus (S. 237), der zweimalige Gebrauch des Ausdrucks dolus praemediatus (S. 246) u. a. zweckmäßiger unterblieben.

8. Die bekannte Sammlung der grundlegenden Reichsgerichtsentscheidungen von Apt ist in 3. Aufl. von Apt und Beling neu bearbeitet[8]) unter Erstreckung auf die grundlegenden Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Das System ist Belings „Grundzügen des Strafrechts" angepaßt.

9. „Handbuch des materiellen Strafrechts" nennt sich eine Ausgabe[9]) des M.St.G.B., des St.G.B. und einiger Nebengesetze von Eichheim. Für die Zwecke der Marine-Gerichtsbarkeit bestimmt paraphrasiert das Buch die einzelnen Gesetzesbestimmungen unter Heranziehung der Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts; lediglich dieser auch beim R.St G.B.! Verf. glaubt einleitend bemerken zu müssen, daß seine Erläuterungen „keinen offiziellen Charakter tragen", sondern nur seine „Privatansicht darstellen".

10. Franks pädagogisch ohne weiteres mustergültiger, wissenschaftlich überall höchst interessanter Kommentar zum St.G.B. ist nach weniger als zwei Jahren in einer neuen Auflage erschienen.[10]) Der Umfang ist um beinahe zwei Bogen gewachsen, von denen auf den Allg. Teil 7 Seiten entfallen. Die Bearbeitung der Konkursdelikte mußte abermals verschoben werden. Daß sich die Auflage mit Recht als eine „neu bearbeitete" bezeichnet, lehrt die Vergleichung mit der vorhergehenden fast bei jedem Paragraphen. Überall ist die neue Litteratur und Judikatur eingearbeitet, zu neuen Fragen und neuen Lösungsversuchen Stellung genommen. Nur auf die wichtigsten Punkte sei hier hingewiesen: Dem § 1 gehen einleitende Bemerkungen voraus, in denen sowohl die Ansicht, „die strafbare Handlung bestehe in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts", wie auch Bindings Normentheorie abgelehnt wird, während Verf. seine Theorie der „negativen Tatumstände" aufrecht hält; freilich mit veränderter Formulierung, die ihr m. E. auch einen veränderten Inhalt gibt. Beseitigt ist der unhaltbare und irreführende Satz: „Die Rechts-

[8]) Apt, Die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts. Für das Studium und die Praxis bearbeitet. 3. verb. u. verm. Aufl. von Dr. Max Apt (Synd. d. Korp. d. Kaufmannschaft v. Berlin) und Dr. Ernst Beling (ord. Prof. in Tübingen). Berlin, Guttentag, 1903 (VIII und 376 S.).

[9]) Rudolf Eichheim (Marine-Oberkriegsgerichtsrat), Handbuch des materiellen Strafrechts. Unter bes. Berücks. der Verhältnisse bei d. Kais. Marine mit Unterstützung des Reichsmarineamts. Berlin, Carl Heymann, 1904 (XII und 468 S.).

[10]) Reinhard Frank, das St.G.B. f. d. das Deutsche Reich nebst dem Einf. Ges. herausgegeben und erläutert. 3. und 4. neu bearbeitete Auflage. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903 (VIII und 543 S.).

widrigkeit ist nicht ein positives Tatbestandsmerkmal, wohl aber ihr Mangel ein negatives" (2. Aufl., S. 79), der nur dann einen Sinn geben konnte, wenn man das Wort „Rechtswidrigkeit" in zwei verschiedenen Bedeutungen — das 1. Mal als Verletzung eines Rechtsgutes, das 2. Mal als Zuwiderhandlung gegen eine Verbotsnorm — faßte. Als „negative Tatumstände" sieht Verf. nunmehr (wie freilich im Widerspruch zu dem zitierten Grundsatz bisweilen auch in der 2. Aufl.) nur noch die Tatsachen an, die eine Ausnahmebefugnis gewähren (also z. B. nicht mehr das Nichtvorliegen von Notwehr, sondern das Nichtvorhandensein eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs). Damit ist der Theorie, namentlich auch ihrer Anwendung auf die Dolustehre (der Dolus habe auch die negativen Tatumstände mit zu umfassen, § 59, II, 2) alles Bedenkliche genommen, freilich auch alles Eigenartige. Denn die Ansicht, daß die irrige Annahme eines solchen negativen Tatumstandes den Dolus ausschließe, wird, wie Verf. mit Recht bemerkt, fast allgemein (anders o. Liszt) geteilt. Frank bringt diese Lehre lediglich auf eine präzisere Formel, ohne etwas zu einer haltbaren Begründung zu bieten, die sie „gegen die Lisztsche Ansicht schützen" könnte. — § 1 bringt eine Neubearbeitung des Handlungsbegriffs, zum Teil im Anschluß an Kitzinger. — Kausalzusammenhang soll (wie 2. Aufl.) dann nicht vorliegen, wenn die Kausalität eine „psychisch vermittelte" ist. Ich halte die Formulierung nach wie vor für unglücklich. Verf. stellt sie als gleichwertig, aber „genauer" neben den Satz: „Durch vorsätzliches Eintreten in die Kausalität wird der K. Z. unterbrochen"; sie ist aber ungenauer: es fehlt das Entscheidende, der Vorsatz des psychischen Mittlers. Nach der erstgenannten Formulierung wäre mittelbare Täterschaft, deren Wesen gerade in der psychischen Vermittelung der Kausalität liegt, unmöglich (richtig, aber jener Formel widersprechend S. 66 unten). Weitere Beispiele, in denen niemand am K. Z. trotz psychischer Vermittelung zweifelt, vgl. Z. XXIII, 141. — § 3: Vertiefung der Erörterungen über Ort und Zeit der Deliktsbegehung; Beibehaltung der Theorie, daß die körperliche Tätigkeit entscheidet (anders 1. Aufl.). — § 4: das neue Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit entscheide in § 77 keineswegs generell die Frage, daß die deutschen Strafgesetze auf alle in staatenlosem Gebiet begangenen Delikte anwendbar seien. — Die Frage, ob mittelbare Täterschaft auch auf seiten einer solchen Person denkbar ist, die unmittelbare Täterin nicht sein kann, wird dann verneint, „wenn das Wesentliche des Delikts nicht in der Tatsache der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern in der Art und Weise zu finden ist, wie er herbeigeführt wird." Hiernach kann keine Blutschande angenommen werden, wenn A den geisteskranken X veranlaßt, mit seiner (des A) Mutter zu konkumbieren; wohl aber kann eine Frauensperson durch mittelbare Täterschaft eine Notzucht begehen. (Vorbem. III, 2 zum 3. Abschn.). — Die Erläuterungen zu § 59 sind mannigfach geändert. Nach Feststellung des Dolusbegriffs und Wiederholung der früheren

Definition der „Tatumstände" (als einerseits „Tatsachen", anderseits „Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstige rechtliche Beziehungen, die durch das außerhalb des Strafrechts liegende Recht begründet werden") erläutert Verf. letztere Definition durch den Hinweis, „daß, abgesehen von der soeben erwähnten Ausnahme, der Gegensatz der Tatumstände durch die Rechtsbegriffe gebildet wird. Begriffe also, die durch juristische Abstraktion gefunden werden, sind nicht Tatumstände. Die Kenntnis dieser gehört zum Dolus, die Kenntnis jener nicht." (§ 59, I, Abs. 2 und 3). Gegenüber der früher vertretenen Gleichstellung des außerstrafrechtlichen Rechtsirrtums mit dem Tatirrtum (so R. Ger.) hält Verf. seine jetzige Formulierung für enger (§ 59, V, 1.). Für einzelne minder wichtige Fälle (z. B. § 257) ist das zuzugeben. Wie aber das Strafrecht von dem „außerhalb des Strafrechts liegenden Recht" im Einzelfalle abzugrenzen, diese für den Begriff „Tatumstand" entscheidende Frage erfährt keine Beantwortung. — Für die Fälle, in denen das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ausdrücklich in den Deliktstatbestand aufgenommen ist, nimmt Verf. jetzt an (§ 59, I, a. E.), daß der Vorsatz entfällt, falls mit jenem Ausdruck auf eine unter Umständen bestehende besondere Befugnis hingewiesen werden soll, und der Täter für sich eine solche Befugnis rechtsirrtümlich annimmt (abgesehen von den schon in 2. Aufl. hierher gerechneten Fällen, in denen das Wort „rechtswidrig" „das Zuwiderhandeln gegen ein subjektives Recht oder ein Rechtsverhältnis bezeichnet"). An der „Vorstellungstheorie" hält Verf. gegenüber den inzwischen erhobenen Einwänden fest (§ 89, II, 1, b). — Die Fahrlässigkeit war in 2. Aufl. bestimmt als „die schuldhafte Unkenntnis der Tatumstände." Indessen sei diese Definition zu eng. „Das, was man dem Täter zur Schuld anrechnet, kann auch etwas anderes sein, als diese Unkenntnis. Hat z. B. ein Dachdecker durch einen losgelösten Ziegel einen Vorübergehenden getötet, so kann man es ihm vielleicht gar nicht zum Vorwurf machen, daß er diesen nicht rechtzeitig bemerkte Was man ihm zum Vorwurf macht, ist die unterlassene Absperrung der Straße. Demnach lautet die Definition: Fahrlässigkeit ist die bei Unkenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumstände vorhandene Schuld" (§ 59, VI). — Die Fälle, in denen ein Delikt durch ein anderes konsumiert wird (nur scheinbare Idealkonkurrenz; die 2. Aufl. sprach von scheinbarer Realkonkurrenz, was für die Fälle der Realisierung der Deliktsabsicht vielleicht korrekter war), werden genauer bestimmt (§ 73, VII, 2 c). Die Ansicht, daß die als „scheinbare Realkonkurrenz" behandelten Fälle, insbesondere die des „fortgesetzten Delikts," in jeder Beziehung als Einheit aufzufassen seien, gibt Verf. auf, namentlich für die Fragen nach dem Begehungsort und der Begehungszeit (§ 74, V, 6, a. E.).

11. 12. In der Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze ist das St.G.B. von Rüdorff-Appelius in 21. Aufl., die „Sammlung kleinerer strafrechtlicher Nebengesetze" von Werner in

2. Auflage erschienen. In die allbekannte Ausgabe des St.G.B. „sind die vom Reichsgericht ausgesprochenen Rechtsgrundsätze in größerem Umfang, wie seither, aufgenommen"; dagegen konnte die Zahl der anhangsweise abgedruckten Nebengesetze mit Rücksicht auf die Wernersche Sammlung eingeschränkt werden. In den Literaturangaben fehlt der 2. Teil von Bindings Lehrbuch, während sich in Franks Namen ein Druckfehler eingeschlichen hat (S. 22 und 24). — Die unter Berücksichtigung der Rechtsprechung (freilich nur dieser) geschickt gearbeitete Sammlung der Nebengesetze wird wohl allseitig dankbar aufgenommen werden.

13. Die „Handausgabe" des St.G.B. von Henle & Schierlinger ist in der 2. Aufl. von Oberlandesgerichtsrat Schierlinger neu bearbeitet.[11]) Die Entscheidungen der höchsten Gerichte sind in einer bei dem Umfang des Buchs erstaunlichen Vollständigkeit und Ausführlichkeit wiedergegeben. Zweckmäßige Strafumwandlungs-Tabellen sind beigefügt. Daß die Literaturnachweise „tunlichst vermindert" sind, ist bei dem Zweck der Ausgabe zu verstehen; daß sie „vielfach auf den 'Gerichtssaal' beschränkt" sind, aber wohl nicht gut zu rechtfertigen. Die äußerliche Annäherung des Buches an Fischer—Henles B.G.B. wird ihm gewiß nicht zum Schaden gereichen.

14. Eine Übersicht über das Strafrecht gibt R. Stephan in seinem „Handbuch des gesamten Rechts"[12]), das „die Zusammenstellung der vom Verf. seit etwa einem Jahrzehnt an der Technischen Hochschule zu Berlin-Charlottenberg gehaltenen Vorlesungen über allgemeine Rechts- und Gesetzeskunde" bringt. (Strafrecht: S. 192 bis 260). Verf. charakterisiert seine Arbeit selbst, indem er betont, er habe „in Darstellung und Ausdrucksweise zwischen Wissenschaftlichkeit und Volkstümlichkeit die Mitte halten" wollen.

15. Wenige Monate vor dem Tode Stengleins ist die dritte Auflage seines großen Kommentars zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reiches[13]) fertig geworden. Wenn Referent auch bezüglich der Einzelheiten nicht immer in das überschwängliche Lob, das dem Buche vielfach gespendet und seinen Ankündigungen mitgegeben wird, einstimmen kann, so dürfte doch unbestreitbar sein, daß wir einen besseren und vollständigeren Gesamt-

---

[11]) Henle und Schierlinger, das St.G.B. für das Deutsche Reich in seiner gegenwärtigen Gestalt. Handausgabe mit Erläuterungen; 2. neubearbeitete Aufl., herausgegeben von Fr. Schierlinger. München, C. H. Beck, 1903 (XIV und 444 S.)

[12]) R. Stephan, (Geh. Regierungsrat, Abt.-Vorsitzender im kaiserl. Patentamt, Privatdozent an der Technischen Hochschule zu Berlin), Handbuch des gesamten Rechts. Eine Rechtsencyklopädie für Studierende und zum Selbstunterricht, als 3. Auflage von Strützki & Genzmer, Leitfaden des preußischen Rechts. Berlin, Franz Vahlen, 1903 (XXII und 848 S.).

[13]) Stenglein, Appelius und Kleinfeller, Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reiches. Dritte, gänzlich neu bearbeitete und vermehrte Auflage, herausgegeben von M. Stenglein. Berlin, Otto Liebmann, 1903 (XXI und 1408 S.).

kommentar der Nebengesetze nicht besitzen. Manches einzelne Gesetz (wie die Urheberrechtsgesetze, die Gewerbeordnung, die Arbeiterversicherungsgesetze u. a.) mag anderwärts weit tiefer greifend, unter Verwertung auch der Literatur und kritischerer Stellungnahme zur Judikatur erläutert sein; aber 113 teilweise recht umfangreiche Gesetze mit allen wesentlichen Entscheidungen in derart übersichtlicher Weise zusammengestellt zu haben, wie es hier geschehen, ist allein schon genügend, um dem Verf. ein dankbares Gedenken aller Kriminalisten für viele Jahre zu sichern.

16. Die zweite Auflage des an den eben genannten angelehnten Kommentars zu den preußischen Strafgesetzen von Groschuff, Eichhorn und Delius[14]) ist bis Lieferung 3 (S. 544) vorgeschritten.

17. Eine Zusammenstellung und kurze Erläuterung der Sächsischen Strafgesetze gibt Landgerichtsdirektor v. Feilitzsch.[15])

18. Für Württemberg bringt Prof. Beling eine ähnliche Sammlung.[16])

II. Allgemeine Grundbegriffe.

19. In seiner Bonner Antrittsvorlesung[17]) weist sich Heimberger auch in seiner wissenschaftlichen Grundanschauung als Nachfolger von Hermann Seuffert aus. Die Strafe soll auch nach ihm „gerecht" sein, aber nicht „Vergeltung." Denn das Wesen der Gerechtigkeit besteht nicht darin, Vergeltung zu üben: Abgesehen davon, daß eine Gleichung zwischen Verbrechen und Strafe nicht zu erreichen ist — wie Verf. insbesondere gegen die allerdings kaum diskutablen Ausführungen von August Köhler dartut —, fordert die abgelehnte Meinung, wenn man von allen bilderreichen Umschreibungen absieht, immer nur „die Befriedigung eines, sagen wir verfeinerten, Rachegefühls"; diese aber ist nicht Aufgabe des Staates. Die neueren Vertreter des Vergeltungsgedankens sind, was namentlich gegen Wach ausgeführt wird, zu einer klaren Formulierung dessen, was sie unter „Vergeltung" verstehen, nicht gelangt; in ihren praktischen Ergebnissen stehen sie den Anhängern der gegnerischen Richtung nicht allzu fern. Der einzig faßbare Begriff der „Gerechtigkeit" entspringt aus der eisernen Notwendigkeit, die Befugnisse der einzelnen Menschen gegen einander abzugrenzen. Eine Strafe ist „gerecht,"

---

[14]) Groschuff (†), Eichhorn und Delius, Die preußischen Strafgesetze. Zweite, gänzlich neu bearbeitete und vermehrte Auflage. Berlin, Otto Liebmann, 1903.

[15]) v. Feilitzsch, Das kgl. sächsische Landesstrafrecht (Band 373 der von Hallbauer & Schelcker herausgegebenen „Juristischen Handbibliothek"). Leipzig, Roßberg, 1903 (X und 367 S.).

[16]) Beling, Württembergische Strafgesetzgebung. Textausg. m. Anm. Tübingen und Leipzig, J. C. B. Mohr, 1903 (VIII und 99 S.).

[17]) Joseph Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht. Leipzig, A. Deichert, 1903 (35 S.).

wenn sie hierzu unentbehrlich ist. Nicht aber folgt umgekehrt ihre Notwendigkeit aus „einem außerhalb der menschlichen Rechtsordnung und jenseits der menschlichen Erkenntnis liegenden Begriff der Gerechtigkeit."

20. „Die Entgeltung im Strafrecht" betitelt sich ein umfangreiches Werk von Fritz Berolzheimer[18]), dem Verfasser der gleichzeitig erschienenen „rechtsphilosophischen Studien." (vgl. Bericht oben S. 161). Über die Absicht des Buches hier zu unterrichten ist nicht ganz leicht: 1. Nach dem „Vorwort" versucht die Abhandlung „einen universellen, einheitlichen Grundgedanken allen Strafrechts, die Rechtsidee der Strafschuld darzulegen und zu begründen." 2. Nach der „Einführung" (1. Kapitel) handelt es sich um „Lösung des Notstandsproblems," die abhängig gemacht wird von der Richtigkeit einer Hypothese („Das Recht strafe jene Handlungen und nur jene Handlungen, die sich als die [rechtlich relevante] Übeltat eines schlechten Menschen darstellen"); „daß die Hypothese haltbar ist — dieser Nachweis wird die Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung bilden" (S. 15.). 3. Nach dem Titel und dem 4. Kapitel zu schließen ist der Zweck des Buches die Aufstellung einer neuen Strafrechtstheorie, der „Entgeltungstheorie", die berufen ist, „die Gegensätze der klassischen und der positiven Schule in einer höheren Synthese zu versöhnen." (S. 158.) 4. Die Lektüre des Inhaltsverzeichnisses und der noch nicht genannten Kapitel läßt darauf schließen, daß Verf. die Absicht hatte, sich über alle möglichen, zum Teil ganz disparaten Fragen der Allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts auszusprechen. Neben einer Menge verfehlter oder mindestens beweisloser Behauptungen findet sich hier manche originelle und treffende Einzelausführung. Es wäre zu bedauern, wenn das Buch vermöge jenes Mangels an Durchsichtigkeit und Konzentration nicht die Beachtung fände, die einzelne Partien sicherlich beanspruchen können, zumal es sehr glatt und lesbar geschrieben ist. Aber bei der heutigen Massenproduktion muß dem Leser, soll er nicht ungeduldig werden, ein deutlicher Weg und ein klares Ziel gezeigt werden. Hier aber ist nicht nur das Ziel unklar, auch der anfänglich feste und breite Weg verzweigt sich bald in eine Menge kleiner und kleinster Pfädchen, die schließlich im leeren Raum sich verlieren: in Metaphysik und Mystik.

Damit ist der formelle, zugleich aber auch der sachliche Mangel des Buches genannt: es wird zu viel behauptet und zu wenig bewiesen. Freilich ist Verf. einsichtig genug, diesen Mangel selbst hervorzuheben, wenn er scheinbar triumphierend, tatsächlich aber doch recht resigniert, schließt: „Der Weg zur Philosophie führt durch das Glauben." Der Ausspruch kennzeichnet die Methode des Buchs trefflich. Nicht jeder Leser wird aber dem Verf. zugeben, daß

---

[18]) Dr. jur. Fritz Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrecht. München, C. H. Beck, 1903 (VIII und 533 S.)

die Grenze des Erfahrbaren und Beweisbaren so eng zu ziehen sei. Mögen in unserer Wissenschaft stets gewisse letzte Voraussetzungen übrig bleiben, die einem Beweis nicht mehr zugänglich sind: etwas schärfer dürfen wir Epigonen Kants jene Grenzen doch wohl ziehen; etwas höher, als Verf. es tut (S. 148 ff.), dürfen wir die Philosophie als Wissenschaft, zumal den positiven Wert der Erkenntnistheorie doch wohl einschätzen. Verf. scheint bei aller philosophischen Belesenheit kein Freund der Erkenntniskritik zu sein, sonst wäre z. B. ein so fundamentales Mißverständnis, wie es ihm mit dem Kantischen „Postulat der praktischen Vernunft" passiert, schwer zu erklären: Es soll eine Anweisung für unser Verhalten sein; es ist aber lediglich eine Forderung, die unsere praktische Vernunft an unser Denken über die Bedingungen unseres praktischen Verhaltens stellt, ein Beweis der Bedingung aus der Folge: Verantwortlichkeit ist, also ist Freiheit. Diesem Mißverständnis entspringt zunächst eine m. E. mißlungene Kritik der Kantischen Freiheitslehre; ihm entspringt weiter die Vertretung eines „relativen Indeterminismus" — während Verf. doch den Vertretern des „relativen Determinismus" den an sich nicht üblen Vorwurf machen zu dürfen glaubt: sie glichen einem Schiffer, der zwischen Scylla und Charybdis den Selbstmord wählt —; und aus jener Unterschätzung der Erkenntniskritik folgt im Fortgang der Untersuchungen der immer deutlichere Verzicht auf jede Begründung des Behaupteten, die immer bewußtere Hinneigung zur Mystik.

Was im Einzelnen in dem Buch zu finden ist, mögen die Kapitelüberschriften zeigen: 1. Kap. Einführung (S. 1—39). — 2. Kap. Das Problem der Willensfreiheit (40—77). — 3. Kap. Wille und Verantwortlichkeit (78—109). — 4. Kap. Die Entgeltungstheorie (110—158.). — 5. und 6. Kap. Die Grenzen des kriminellen Unrechts (159—269). — 7. Kap. Präsumtionen und Verjährung (270—327). — 8. Kap. Kausalität (328—361). — 9. Kap. Vollendung und Versuch (362—396). — 10. Kap. Die Schuld (397—445). — 11. Kap. Die Strafreform-Postulate der positiven Schule (446—480). — 12. Kap. Schluß: Arbeitsscheu, Trunksucht und Prolegomana zur metaphysischen Deutung der Entgeltungstheorie (481—518).

Der Gedankengang der neuen „Entgeltungstheorie" ist dahin zusammenzufassen: Die historische Betrachtung der Reaktion gegen das Verbrechen hat nicht von dem alten Rachegedanken auszugehen, sondern von der Erkenntnis, daß die Strafe ursprünglich die Ausstoßung des Verbrechers aus der Gemeinschaft bezweckt. Daher die Strafform der „Friedlosigkeit", die nicht eigentlich Rechtsfolge des Verbrechens ist, sondern unmittelbar mit und durch die Tat eintritt. „Die altgermanische Rechtsauffassung betrachtet somit den Friedlosen als den schlechten verwerflichen Menschen, der durch seine Tat sich außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat, und der nicht Strafe erleidet, sondern die aus seinem Verhalten unmittelbar sich ergebende Folge der Unmöglichkeit seiner weiteren Koexistenz als Glied der Ge-

meinschaft hinnehmen muß" (S. 20). Bald aber ward dem Friedlosen gestattet, sich gemäß dem Grad seiner Verschuldung in den Frieden wieder einzukaufen. „Mit diesem Übergang ist die phänomenalste Entwicklung, der großartigste Fortschritt in der gesamten Geschichte des Strafrechts vollzogen" (S. 31.) An jenes Kaufäquivalent nun, das der Täter leisten muß, um wieder in den „Frieden", in die soziale Gemeinschaft einzutreten, knüpft die heutige Strafe an. Sie „bildet daher nicht das Äquivalent für das Verbrechen (Vergeltungstheorie), sondern das Äquivalent für Beseitigung des durch das Verbrechen geschaffenen Zustandes; dafür muß der Verbrecher die Einbuße, das Entgelt leisten; das muß er entgelten — Entgeltungstheorie; die Strafe ist nicht Übel, sondern Einbuße" (S. 33). Der Verbrecher ist das Gegenstück des „guten" Menschen: der „arge", „schlechte" Mensch. „Gut" bedeutet ursprünglich „zusammengehörig", „passend": „arg", „schlecht" ist „das der Gemeinschaft Feindliche, das nicht in die Gemeinschaft Passende". — Dieser Formulierung und „historischen Abteilung des Grundprinzips" (S. 16—39) folgt im 4. Kapitel (S. 110—158) seine nähere Ausgestaltung.

21. Den kriminalistischen Gehalt von Tolstois „Auferstehung" führt uns ein Vortrag von Goldenweiser vor.[19]) Die warme Begeisterung des Redners wird auch den Hörer, der das Buch Tolstois noch nicht kennen sollte — hoffentlich gibt es unter den Kriminalisten deren wenige — für dessen Lektüre zu erwärmen vermögen.

22. Grundlegende rechtsphilosophische Untersuchungen unter Anwendung auf einzelne Fragen des Strafrechts bringt M. E. Mayer unter dem Titel „Rechtsnormen und Kulturnormen"[20]). — Zwei Funktionen pflege man den Rechtsnormen zuzusprechen, ohne sich ihrer Unvereinbarkeit bewußt zu werden: Bindung der obrigkeitlichen Gewalt an feste Regeln und Befehlserteilung an die Untertanen. Unmöglich könne beides zugleich richtig sein (S. 1—5). Verf. sucht den Widerspruch zu beseitigen, indem er die Rechtsnormen nicht an das Volk, sondern lediglich an den Richter adressiert sein läßt (S. 6 bis 70), eine Konstruktion, die er für die Lösung verschiedener Einzelprobleme fruchtbar macht (S. 71—136.)

An das Volk wende sich die Rechtsnorm nicht: denn das Volk pflegt sie nicht zu kennen und doch ist es ihr unterworfen. Wir dürfen die Kenntnis des Volkes auch nicht unter Hinweis auf die Gesetze fingieren: bei der Art der Publikation, die heute üblich ist, wäre es eine ungeheure Ungerechtigkeit, unsere gesamte Rechtspflege auf einer solchen Fiktion aufzubauen; wie uns umgekehrt zu solcher

---

[19]) Goldenweiser, A. (Rechtsanwalt in Kiew), Das Verbrechen als Strafe und die Strafe als Verbrechen. Leitmotive in Tolstois „Auferstehung". Berlin, R. L. Prager, 1903 (72 S.)

[20]) Dr. phil. et jur. Max Ernst Mayer (Professor in Straßburg), Rechtsnormen und Kulturnormen (Beling, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50). Breslau, Schletter, 1903 (136 S.)

Fiktion auch nicht etwa die Erwägung nötigt, daß die Gesetzespublikation keinen Sinn habe, wenn sie nicht die allgemeine Gesetzeskenntnis vermitteln wolle: sie verfolgt vielmehr den selbständigen Zweck, die Authentizität des Gesetzestextes festzustellen (6—13). Wenn sich die Rechtsnormen aber nicht an den Untertan richten, warum sind sie für diesen verbindlich? Deshalb, weil sie übereinstimmen mit „denjenigen Geboten und Verboten, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufes an das Individuum herantreten," d. h. mit „Kulturnormen." Allgemeine Kenntnis der K. N. einerseits, ihre Übereinstimmung mit den R. N. anderseits, das sind die Bedingungen der Gültigkeit und Verbindlichkeit der R. N. Und sie sind gegeben: Daß einerseits der normale Mensch die K. N. kennt und anerkennt, ist unbestreitbar; daß sie anderseits mit den R. N. übereinstimmen, lehrt die Erwägung, daß diese nicht aus dem Nichts willkürlich geschaffen sind, sondern sich erst allmählich aus den K. N. herausgelöst haben und beständig herauslösen, nicht mit neuem Inhalt, nur in neuer Form und mit eigenartigen Übertretungsfolgen. Freilich gibt es stets eine Reihe von Spezial-Rechtsnormen, bei denen man scheinbar vergeblich nach der Kulturnorm-Quelle sucht (vgl. Gewerbe-Ordnung usw.). Jedoch nur scheinbar: Die Lücke wird geschlossen durch den Einfluß, den umgekehrt das Recht auf die Kultur hat. Beides sind ja keine Gegensätze, das Recht ist selbst „einer der wichtigsten Kulturfaktoren vermöge seiner steten Übung durch den Richter"; „die rechtliche Tradition macht aus den anfänglich kulturfremden Gesetzen Bestandteile der Kultur." Wie aber, wenn sie das nicht tut, wenn Gesetze sich nicht einleben, wenn sie „kulturfremd" bleiben? Dann sind es „schlechte Gesetze". „Diese Gesetze sind verbindlich, nur weil es Gesetze sind, sie haben bloß juristisch verbindliche Kraft. Aber sie sind nicht zu rechtfertigen, weil ihnen die Übereinstimmung mit den Kulturnormen fehlt" (14—29). Nicht das Volk, sondern der Richter ist der Adressat der Rechtsnormen. Er allein kennt das Gesetz, er allein übertritt es (vgl. z. B. Z.P.O. § 549). Freilich haben die Rechtsnormen neben dieser „internen" auch eine „externe Wirkung", eine Beziehung auch auf die Untertanen; aber diese besteht, wie schon Jhering gegen A. Merkel ausführte, primär nicht im Normieren, sondern im Garantieren: „Die Garantie besteht darin, daß der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen und seine Macht zur Wahrung derselben zur Verfügung stellen." Nach vier Richtungen wirft die Konstruktion dieser primär garantierenden Funktion der Rechtsnormen klärendes Licht: 1. „Rechtsverhältnisse" sind nicht etwa vom Recht hervorgebrachte, sondern von ihm nur ergriffene tatsächliche Beziehungen einer Person zu anderen Personen. 2. Nicht anders mit den „Rechtspflichten": auch sie sind nicht von den Gesetzen geschaffene, sondern lediglich „rechtlich erhebliche Pflichten", die erwachsen „aus den Begebenheiten

des Lebens und den auf dieselben anwendbaren Kulturnormen." 3. Auch der umstrittene Begriff des „subjektiven Rechts" bestimmt sich danach als „die Macht einer Person, die abstrakten Imperative der Rechtsordnung zur Wahrung eines konkreten Interesses wirksam werden zu lassen." 4. „Rechtsverletzungen" sind nicht Verletzungen des Rechts, sondern rechtlich erhebliche Verletzungen; ihr Angriffsobjekt ist weder das Recht im objektiven, noch das Recht im subjektiven Sinn; Rechtsgüter sind das Objekt der Rechtsverletzungen. Und „Rechtsgut" wiederum ist ein Gut nicht deshalb, weil es vom Recht geschaffen, sondern weil ein tatsächliches Etwas für das Recht wertvoll, seine Verletzung für das Recht erheblich ist. (S. 30—70).

Diese Konstruktion sei nicht nur in sich widerspruchsfrei, sondern auch insofern „richtig," als sie nach den verschiedensten Richtungen praktischen Erkenntniswert hat: Nur sie vermag den Satz ignorantia legis nocet befriedigend zu erklären. Der Satz ist berechtigt, ebenso wie der andere, daß nur, wer seine Pflicht kannte, diese schuldhaft verletzt hat. Der Widerspruch zwischen beiden Sätzen schwindet, wenn man dort als lex die Rechtsnorm, hier als pflichtbegründend die Kulturnorm ansieht (S. 71—86) Freilich die Übereinstimmung einer Handlung mit den Kulturnormen zu erkennen ist für den Täter wie für den Richter nicht immer ganz einfach. Ein Hilfsmittel gewähren die „geschriebenen Kulturnormen", die sich finden, „in den abstrakten Instruktionen, die den Inhabern des betr. Berufes schriftlich erteilt werden," wie in den Instruktionen des Lehrers, des Arztes, des Soldaten usw. (S. 87—96.) In interessanter Weise wird das Prinzip für die Feststellung und Begründung derjenigen Gesetze verwertet, die als Verwaltungsstrafrecht de lege ferenda materiellen und prozessuellen Sonderregeln zu unterstellen sind: die Normen des Verwaltungsstrafrechts sind dadurch gekennzeichnet, daß sie kulturell indifferent sind. Freilich dürfen wir daraus nicht die Konstruktion der Polizeidelikte als „reinen Ungehorsams" herleiten. Auch sie müssen „Interessen" als Angriffsobjekt haben. Hier sind es aber nicht die Interessen, „die der Staat hat, weil er ein Gemeinwesen ist, das sind die sozialen Interessen, d. h. die von Kulturnormen anerkannten und geschützten Interessen", sondern „diejenigen, die der Staat hat, weil er ein Gemeinwesen verwaltet, das sind die Interessen, um die sich die Kulturnormen nicht kümmern, die kulturell indifferenten Interessen, die Verwaltungsinteressen". Daraus aber, daß diese Interessen den Untertanen nicht durch die kulturelle Tradition als solche kenntlich sind, folgt, daß die Normen des Verwaltungsstrafrechts ihre verbindliche Kraft nur aus einer speziellen Bekanntmachung herleiten können. Interessant weist Verfasser nach, daß diese Kenntlichmachung, so wenig systematisch sie noch geübt wird, doch in den meisten Fällen schon jetzt Brauch der Behörden sei. Hieraus ergibt sich eine weitere Probe auf die Richtigkeit der Anfangsbehauptung, daß die Verbindlichkeit der kriminellen Norm nicht von deren Publikation abhängt. Und daraus folgt weiter, daß die

Normen des Verwaltungsstrafrechts die einzigen sind, die nicht nur an die Staatsorgane, sondern primär auch an das Volk gerichtet sind (S. 109—129).

Die Lektüre des gedankenreichen Buchs gewährt einen in der juristischen Litteratur nicht eben häufigen ästhetischen Genuß: in einfachen sicheren Linien sieht man ein mit weitem Blick und einem gewissen gesunden Gefühl für ungekünstelte Auffassungen flott hingeworfenes harmonisches Ganzes entstehen. Recht vieles freilich ist noch unausgebaut; vielleicht ergänzt es der Verfasser gelegentlich selbst. Manches auch wird Widerspruch herausfordern, anderes bei näherer Betrachtung weniger kühn erscheinen als auf den ersten Blick, bisweilen vielleicht nur als eine interessante neue Formulierung alter Gedanken. Sicherlich aber wird das Buch Jeden, der in einer der berührten Einzelfragen ausbauend tätig ist, außerordentlich anregen können. Neben jenem ästhetischen Reiz und dieser anregenden Kraft dürfte ihm aber auch eine erhebliche wissenschaftliche Fruchtbarkeit zuzusprechen sein. Seinem ganzen Inhalt nach bedeutet es eine Auflehnung gegen Bindings Normentheorie und dennoch eine sichere Heraushebung und Rettung ihrer vielen dauernd wertvollen Bestandteile (vgl. ausdrücklich S. 130—136). Notwendig müssen die Rechtssätze anknüpfen an ein Etwas, das unabhängig von rechtlicher Regelung bestand. Und sicher wird erst die Klarlegung dieses Etwas die verschiedenen vom Verfasser gestreiften Lehren fördern und sie vor unfruchtbaren, naiv im Kreise herum redenden Diskussionen bewahren. Binding fand es in der rechtsnormwidrigen Handlung, Verfasser geht einen Schritt weiter zurück auf die kulturnormwidrige Handlung. Referent wird anderwärts Gelegenheit zu ausführlicherer Stellungnahme haben. Einige Zweifel seien hier angedeutet: 1. Gibt der I. Teil eine ausreichende Begründung? Wenn die Rechtsnormen ihre Verbindlichkeit aus der Übereinstimmung mit den Kulturnormen herleiten, wenn es aber Rechtsnormen gibt, deren Inhalt nicht mit der Kultur übereinstimmt, muß dann nicht jenes Prinzip — das zunächst doch mehr als ein „kritisches Prinzip" sein will — diesen Tatsachen weichen? Solche Gesetze sollen „bloß juristisch verbindliche Kraft" haben. Woher stammt diese aber? Sie ist es doch, die Verfasser erklären wollte! — 2. Kann die Scheidung von Rechtsnormen und Kulturnormen nicht auch von einem andern minder anfechtbaren Ausgangspunkt aus für die Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden? — 3. Welches ist in concreto der Inhalt des Kulturgebots? Das Buch läßt da im Stich. Hier wird fortführende Weiterarbeit einsetzen können, unter der dankbaren Anerkennung freilich, daß Verfasser das Problem in einer bisher kaum erreichten Klarheit gestellt und nächst Binding und Stammler seine Lösung am kräftigsten gefördert hat.

23. Die „rechtswissenschaftlichen Untersuchungen" von Bauke (enthaltend: 1. Bestrafung der Chikane, 2. Schutz des § 193, 3. Bemerkungen zum Begriffe des Versuches; sowie zwei Anhänge: „Zur

juristischen Terminologie" und über „die zeitliche Unbegrenztheit der Gesetze") sind in einer 2. Auflage erschienen,[21]) „da die 1. Auflage so gut wie gar nicht in den buchhändlerischen Verkehr gelangt war". Da Verfasser, wie er angibt, in den bisherigen Kritiken keinen Anlaß zu einer Änderung fand, kann sich auch die Berichterstattung darauf beschränken, auf die neue Ausgabe des Buches hinzuweisen.

III. Geltungsgebiet.

24. Über die Frage nach dem räumlichen Anwendungsgebiet der deutschen Strafrechtssätze orientiert klar und zutreffend eine Schrift von Hermann Tafel.[22]) Von den vier theoretisch möglichen Prinzipien (Territorialprinzip, Personalitätsprinzip, Real- oder Schutzprinzip und Weltrechtsprinzip) sei keines ohne Einschränkungen anwendbar; maßgebend für den Gesetzgeber sei das praktische Bedürfnis, das seinerseits wieder abhänge von der jeweiligen Konstellation des völkerrechtlichen Verkehrs (S. 1—9). Hiernach wie nach den wechselnden Anschauungen über die Regelung der strafprozessualen Gerichtsstände wandelten sich auch die maßgebenden Gesichtspunkte im Laufe der Rechtsgeschichte (S. 9—21). Das geltende Strafgesetzbuch steht ebenso wie das Preußische St.G.B. grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß die deutschen Strafgesetze Anwendung zu finden haben auf alle im Inland begangenen Delikte und nur auf diese (S. 21—25, 53—58). Es sieht sich aber genötigt, dies sog. Territorialprinzip für eine große Zahl von Fällen zu verlassen, die Verfasser an der Hand der Litteratur und der Rechtsprechrng eingehend erörtert (S. 58—82): Von dem positiven Grundsatz, nach dem alle im Inland begangenen Delikte dem Inlandsrecht unterliegen, werde die einzige Ausnahme durch die Exemtion der deutschen Landesfürsten und Regenten gebildet; Ausnahmen von dem negativen Grundsatz, wonach nur Inlandsdelikte von inländischem Recht ergriffen werden, statuieren § 4 Abs. 2 und § 6 St.G.B. Dankenswert wäre es, wenn Verfasser hier neben den vielen unausgetragenen Kontroversen auch die neu entstandene Frage (vgl. bes. Liszt 12. Aufl., S. 109 Anm. 10 gegen Frank 3. Aufl. § 5 III 3, b) behandelt hätte, ob auf ein auf staatenlosem Gebiet begangenes Delikt jetzt grundsätzlich § 77 des neuen Ges. üb. d. Konsulargerichtsbarkeit anwendbar ist (Verf. entscheidet die seiner Zeit viel besprochene Frage nach der Strafbarkeit solcher Taten ohne Rücksicht auf dies Gesetz im Sinne der herrschenden Meinung bejahend, S. 70). — Verfasser hält die heute geltenden Ausnahmen vom Territorialprinzip für zu eng und bedauert, daß die Absicht des Gesetzgebers, das T. Pr. noch weiter zurücktreten zu lassen, im Jahre

[21]) Dr. jur. Leopold Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. 2. unveränderte Auflage. Berlin, K. Hoffmann, 1902 (271 S.)

[22]) Hermann Tafel (Justizreferendar 1. Klasse in Stuttgart), Die Geltung des Territorialprinzips im deutschen Reichsstrafrecht. Stuttgart, W. Kohlhammer. 1902 (97 S.).

1876 am Widerstand des Reichstags gescheitert ist. Für die Revision des St.G.B. empfiehlt er die Wiederaufnahme dieses Planes nach den drei Richtungen, die der damalige Entwurf der Novelle verfolgte: 1. Betonung des Schutzprinzips durch gesteigerten Schutz der Deutschen im Ausland (§ 4 Nr. 1 schützt bekanntlich nur den inländischen Staat als solchen). 2. Verstärkung des Personalprinzips durch Streichung der Voraussetzung (§ 4 Nr. 3), daß die von dem Inländer im Ausland begangene Tat, um im Inland strafbar zu sein, nicht nur nach inländischem, sondern auch nach ausländischem Recht mit Strafe bedroht sein müsse. 3. Verminderung der Fälle von Konsumption inländischer Strafansprüche durch auswärtige Verfolgungsakte, erreichbar durch die Beschränkung des § 5 auf den letzten Absatz von § 4 St.G.B. (S. 91—97). — Die Anwendung des Territorialprinzips setzt eine Lösung der Fragen voraus: 1. welcher Ort im Einzelfall als Begehungsort zu gelten habe, 2. wie der Begriff „Inland" zu fassen sei. Die erste Frage erörtert Verfasser eingehend mit dem Ergebnis, daß sowohl der Ort der Tätigkeit wie der des Verbrechenserfolges maßgebend seien; freilich ohne die gerade neuerdings gegen solche Lösung vorgebrachten tiefgreifenden Einwendungen zu entkräften (S. 25—48). Die Frage nach dem Inlandsbegriff wird im Sinne der herrschenden Meinung entschieden (S. 48—53).

IV. Verbandsdelikte.

25. Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, die seit langer Zeit nur eine einzige gründliche Bearbeitung (von Mestre) gefunden hat, wird neuerdings von Hafter untersucht[23]). Eine historische Einleitung (S. 6—42) bringt interessantes Material. Aber die Entscheidung sei nicht aus der Geschichte, insbesondere hier nicht aus der des römischen Rechts zu holen, sondern sie habe zu erfolgen „aus dem modernen Rechtsbewußtsein und der Bewegung des modernen sozialen Lebens heraus". In einem grundlegenden ersten Abschnitt (S. 43—92) wird daher untersucht „Begriff, Wesen und Leben der Personenverbände" (S. 43—75), „Wollen und Handeln der Verbände" (S. 75—87) und „das Betätigungsgebiet der Personenverbände (Umfang der Willens- und Handlungsfähigkeit)" (S. 87—92). Vers. verwirft die romanistische Fiktionstheorie und spricht den Personenverbänden eine reale Existenz zu, die nicht identisch sei mit der Summe der Einzelexistenzen der Verbandsglieder. „Ein Personenverband ist kein Wesen aus Fleisch und Blut, aber er bildet trotzdem eine in sich geschlossene, wirkliche Einheit dadurch, daß eine Anzahl Menschen einen Teil ihres Individualwillens gleichsam ablösen und einheitlich aufgehen lassen in

[23]) Ernst Hafter (Privatdozent a. d. Univ. Zürich), Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Berlin, Julius Springer, 1903 (XIV und 166 S.).

einem außerhalb ihrer Individualsphäre liegenden Betätigungskreis. Die notwendige Unterlage der Verbindung bilden die Einzelindividuen, aber das Geschöpf erhält seine Sondernatur durch die zu einem zusammengeschlossenen Willensbestandteile dieser Einzelmenschen" (47). Von einem solchen selbständigen Lebewesen kann aber nicht schon bei einer unorganisierten Personenmasse gesprochen werden, sondern erst, wenn jener einheitliche Wille organisiert ist, wenn jenes „immaterielle, nichtsdestoweniger aber wirkliche Wesen" eine „organismenähnliche Gestaltung" erhalten hat; wobei freilich das Bildliche dieses Ausdrucks festzuhalten, eine Übertragung der für den menschlichen Organismus geltenden Regeln zu vermeiden ist: „Die Zusammenfassung der Verbandsorgane ist kein Organismus, sondern eine Organisation" (51). Derartige organisierte Personenverbände erklärt das Recht unter gewissen Voraussetzungen für rechtsfähig. Das hat aber, was insbesondere die germanistische Richtung verkennt, nichts zu tun mit der Frage der Deliktsfähigkeit; für diese ist lediglich die natürliche Willens- und Handlungsfähigkeit entscheidend. Danach ist deliktsfähig „neben dem Einzelindividuum jeder Personenverband, der durch die Organisation der in ihm vereinigten Willen derart in das soziale Leben eingreift, daß in seinen Handlungen ein von den Individualwillen der einzelnen Mitglieder sich abhebender Sonderwille zum Ausdruck kommt" (75). Dieser „Verbandswille bildet sich entweder durch einen Gesamtbeschluß sämtlicher Mitglieder oder durch die Entschließung eines Organs, er wird ausgeführt entweder durch eine Gesamthandlung oder durch das Handeln von Einzelindividuen, die nicht notwendig Organe sein müssen" (87). Ein organisierter Verband kann aber nicht nur wollen und handeln, er kann auch schuldhaft wollen und handeln (93—103). Freilich kann er das nur durch das Wirken einer Einzelperson, und damit entsteht die Frage, wie sich deren Individualschuld zu der Verbandsschuld verhält: Die Annahme eines Teilnehmerverhältnisses lehnt Verf. ab; in der Regel seien beide Handlungen unabhängig von einander zu untersuchen (103—108). Die Abgrenzung der Deliktsfähigkeit hat nach dem tatsächlichen, nicht dem rechtlichen Können zu erfolgen: ein Verband kann betrügerische, wucherische Verträge abschließen, unlauteren Wettbewerb üben usw., ja sogar die Begehung einer Notzucht durch einen Verband hält Verf. nicht für ausgeschlossen (Beisp.: eine organisierte Räuberbande beschließt, an den Frauen eines Dorfes Notzucht zu begehen) (S. 108—118). Sonach sind Verbände deliktsfähig. Sind sie aber auch straffähig? Verf. bejaht auch diese Frage. Er hält es für das richtigste, „eine Deutung der Verbandsstrafe nach den herkömmlichen Straftheorien überhaupt zu unterlassen, vielmehr folgenden Standpunkt einzunehmen: der schuldhafte Eingriff eines Verbandes in fremde Rechtsgüter ruft eine strafrechtliche Reaktion hervor, die neben den schuldigen Einzelindividuen auch direkt den Verband in seiner Sonderinteressensphäre trifft und durch besondere, der Natur des Verbandes angemessene Maßnahmen bewirkt, daß der Verband

ganz oder teilweise in seiner Weiterentwicklung gehemmt wird. Das soll zur Folge haben, eine weitere verbrecherische Tätigkeit des Verbandes hintanzuhalten" (127). Freilich darf solche Strafe nur den Verband als solchen treffen, nicht die einzelnen Glieder; gegenüber unschuldigen Mitgliedern, die notwendig in Mitleidenschaft gezogen werden, muß der Schaden wieder gut gemacht werden, sei es durch Ersatzleistung, sei es durch Genugtuung (131—139). Die Verbandsstrafen, die im einzelnen in Betracht kommen, sind: Geldstrafe, Sequestration der Verbandsgüter, Prozeßstrafen, Auflösung oder Suspension, Stellung unter Polizeiaufsicht, Privilegienentzug, Urteilsveröffentlichung, Verweis (139—156). Nach einigen prozeßrechtlichen Erörterungen (156—162) schließt Verf. mit Vorschlägen de lege ferenda (162—166). — Das Buch ist unzweifelhaft schon darum verdienstvoll, weil es ein lange vernachlässigtes Problem wieder energisch aufnimmt. Daß es auch in Einzelheiten viel Interessantes und Beachtenswertes bringt, soll nicht bestritten werden. Aber gegen die Anlage und damit gegen die Beweiskraft des Ganzen kann Ref. einschneidende Bedenken nicht unterdrücken. Es sei ganz abgesehen von der Frage, ob Verf. in seiner Konstruktion der Verbände als realer Wesen und ihrer Willens-, Handlungs- und Schuldfähigkeit sich nicht schließlich doch dem von ihm grundsätzlich abgelehnten Mystizismus der germanistischen Theorie in einer Weise wieder nähert, die unverträglich ist mit seiner Zustimmung zu Jellineks Satz: „Den Begriff des Organismus in die Jurisprudenz einzuführen, heißt in den erkenntnistheoretischen Fehler verfallen, der der Rechtswelt gleiche Realität wie der Außenwelt zuschreibt" (S. 51 Anm. 17; vergl. dagegen bereits die folgende Seite, wo es heißt, daß Bernatzik „richtig die Realität der Verbände bejaht", die Ausführungen über das reale „Wollen" der Verbände usw.). Das ausschlaggebende Bedenken betrifft die Methode, aus dem Wesen des Verbands dessen Delikts- und Straffähigkeit herleiten zu wollen, anstatt aus dem Wesen des Delikts und der Strafe. Wenn Feuerbach u. A. bei ihrer Bestreitung der Deliktsfähigkeit der Verbände nicht von der Frage der logischen Möglichkeit solcher Deliktsfähigkeit ausgingen, sondern in erster Linie die Straffähigkeit der Verbände in Zweifel zogen, so halte ich das durchaus nicht für „sonderbar" (S. 20 ff.), sondern für methodisch richtig, mindestens für diskutabel und sehr eingehender Widerlegung bedürftig. Deshalb scheint es mir auch keineswegs „unrichtig, die Verbandsstrafe von vornherein aus einer Strafentheorie heraus zu erklären" (S. 127), vielmehr halte ich eine Verständigung über die Begriffe „Unrecht" und „Strafe" für die notwendige Vorbedingung und den einzig denkbaren Ausgangspunkt zur Lösung des Problems. Andernfalls kommen wir zu einer Theorie, deren innere Geschlossenheit vielleicht nicht zu bezweifeln ist, die aber nicht bewiesen und nicht widerlegt werden kann, solange in der ursprünglichen Gleichung mit zwei Unbekannten („Verband" — „Unrecht und Strafe") die zweite unausgerechnet geblieben ist.

26. Gewichtige Bedenken gegen das Buch Hafters — übrigens unter lebhafter Anerkennung seiner Verdienste — bringt Zürcher vor[24]). Er hält es für einen Rückschritt, das Verbandsdelikt wieder den Normen des St.G.B. zu unterstellen. Er bestreitet das selbständige psychische Leben der Personenverbände und damit sowohl die Möglichkeit wie die Notwendigkeit einer selbständigen Bestrafung. Die einzelnen von Hafter vorgeschlagenen Verbandstrafen hält er zudem vielfach für unvollziehbar oder ungerecht oder wirkungslos.

V. Kausalzusammenhang.

27. In einer durch philosophisches und naturwissenschaftliches Verständnis wie durch Eleganz der Darstellung ausgezeichneten Abhandlung[25]) wendet sich Genzmer gegen die metaphysischen Kausalitätstheorieen. Mit der herrschenden Ansicht erachtet er alle Bedingungen für das Zustandekommen eines Ereignisses in seiner tatsächlichen Gestalt gleich notwendig, mißt ihnen jedoch für die begriffliche Nachbildung, die das Ereignis nicht in seiner tatsächlichen Gestalt, sondern nur nach seinen für eine bestimmte Wissenschaft relevanten Merkmalen ins Auge faßt, einen durchaus verschiedenen Wert bei: Die Bedingungen eines Erfolgs nach ihrem Wert für die strafrechtliche Auffassung in verschiedene Klassen zu teilen, hat aber bisher nur Thyrén versucht (S. 9—15). Statt dessen erklären einzelne Schriftsteller die Bedingungen für ungleichwertig für das Zustandekommen des Erfolgs in seiner tatsächlichen Gestalt. Sie fassen das Verhältnis von Ursache und Wirkung statt als gegenseitige Abhängigkeit zwischen einer Mehrzahl von bedingenden Ereignissen einerseits und einem bedingten Ereignis anderseits auf als einseitiges Wirken eines Dinges auf ein andres (S. 9—11), nennen dieses wirkende Ding Ursache und stellen sich sein Wirken so vor, daß Kräfte von ihm ausgehen, die in einem andern Ding eine Veränderung hervorrufen. Der Begriff der Kraft verdankt seinen Ursprung aber nicht der Erfahrung, sondern der Übertragung psychologischer Beobachtungen, der Druck- und Muskelkontraktionsempfindungen, auf physikalische Vorgänge (S. 16—20). Denjenigen, welche durch einen solchen Kraftbegriff (R. Horn) oder durch zwingende Naturgesetze (Heilborn) das Verhältnis zwischen Ursache und Wirkung erklären zu müssen meinen, ist zu erwidern, daß wir uns begnügen müssen, einen Vorgang auf einen andern ihm regelmäßig vorangehenden zurückzuführen, daß wir aber diesen regelmäßigen Zusammenhang selbst nicht wiederum erklären können, ohne die Erfahrung zu überschreiten (S. 20—25).

[24]) Zürcher (Prof. in Zürich), Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände. Schweizerische Zeitschr. f. Strafr. Bd. 16 (1903) S. 311—331.

[25]) Felix Genzmer, Kammergerichtsreferendar, Der Begriff des Wirkens. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Kausalitätslehre. Berlin, 1903 (J. Guttentag) 35 S. 8° in: Abhandlungen des kriminalistischen Seminars a. d. Universität Berlin, herausg. von v. Liszt, N. F. Bd. II Heft 1.

Hauptvertreter des Begriffs des Wirkens ist Kohler. Verf. weist durchaus schlagend nach, daß er auf zwei Seiten seiner Abhandlung drei verschiedene, sämtlich unbrauchbare Ursachenbegriffe benütze (S. 25—30). Auch wenn man an Stelle des Trägers der wirkenden Kraft den diesem zu Grunde liegenden Erfahrungsbegriff des bewegten oder veränderten Körpers einsetzt (R. Horn u. M. E. Mayer), gelangt man nicht zu einem fest bestimmten Ursachenbegriff. Denn alle Bewegung ist nur in Bezug auf einen andern Körper Bewegung und es ist ganz willkürlich, welchen Körper man als Bezugskörper betrachtet. Und der Unterschied von Veränderungen und ruhenden Zuständen ist nur als gradueller festzuhalten, da alles in steter Veränderung ist (S. 30—34).

28. Im Anschluß an den Art. 1284 des holländ. B.G.B., welcher Ursache und Veranlassung unterschieden wissen will, erörtert Scholten[26]) die Kausalitätsfrage. Seine kritischen Ausführungen dürften auch den Kriminalisten interessieren. Ohne wesentlich neue Einwände geltend zu machen, verwirft er die mit dem Begriffe der Kraft arbeitenden metaphysischen Theorien, so auch diejenige M. E. Mayers (S. 275 Anm. 1), und entscheidet sich für J. St. Mills logische Theorie der Gesamtursache. Unter den Versuchen innerhalb der Gesamtursache einzelne Bedingungen als Ursache zu betrachten, verwirft er diejenigen v. Buris (S. 278—284) und Birkmeyers (S. 284—286) und billigt die Theorie der adäquaten Verursachung. Er verwirft wiederum die ihr durch v. Bar (S. 290—293) gegebene Fassung und stimmt derjenigen v. Kries' bei (S. 293). Hinsichtlich der Basis des Wahrscheinlichkeitsurteils verwirft er M. Rümelins objektiven Standpunkt und entwickelt (S. 464—467) einen (nur auf das Zivilrecht zugeschnittenen) eignen Standpunkt.

29. In seinem ganzen Umfange untersucht das strafrechtliche Kausalproblem W. v. Rohland[27]).

Er unterscheidet theoretische und praktische Kausallehre. Letztere ist die der Jurisprudenz. Die Unterschiede sind folgende.

1. Während die theoretische Kausallehre die Kausalität als Form unsers Erkennens auffaßt, sieht die praktische in ihr ein auch unabhängig von unserm Erkennen gegebenes Wirken von Kräften (S. 1—9). Dieses Wirken von Kräften wird vom Verf. bald als metaphysisch (S. 5), bald als in der Erfahrung gegeben (S. 2) bezeichnet. Letzteres dürfte zutreffender sein, da der Verf. darunter, daß eine Bedingung die Kraft hatte, ein Ereignis herbeizuführen, nur zu verstehen scheint, daß sie es unter den gegebenen Umständen erfahrungsmäßig herbeizuführen vermochte (S. 4 mit S. 6). Womit ich freilich

---

[26]) Paul Scholten, advocaat te Amsterdam, De Causaliteitsvraag in het Leerstuk des Schadevergoeding buiten Contract. In: Rechtsgeleerd Magazijn 21. Jg. S. 265—312 und 414—467.

[27]) W. v. Rohland, o. Professor der Rechte in Freiburg i. Br., Die Kausallehre des Strafrechts. Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre. Leipzig (Duncker & Humblot) 1903. 61 S. 8°.

nicht zu vereinigen vermag, daß der Verf. S. 45—46 einer Handlung, bei der man voraussehen konnte, daß sie einen bestimmten Erfolg haben werde, dennoch die Kraft, ihn von sich aus zu bewirken, abspricht.

2. Unter dem psychologischen Eindruck unsrer Zwecke und Erwartungen nimmt die praktische Kausallehre aber nicht nur und nicht stets die Kausalität an, wo diese nach dem Gesagten vorliegt.

a) Die Zweckbetrachtung bewirkt, daß für uns ein Geschehen nur ein solcher Vorgang darstellt, der unser Interessengebiet berührt. Nur das rechtlich relevante Geschehen ist für den Juristen Geschehen. (S. 10—19.)

b) Unsre Erwartungen bewirken zunächst, daß wir mit dem zu Erwartenden wie mit etwas Wirklichem rechnen, und zwar sowohl mit dem erwarteten Zustande wie mit dem erwarteten Verlauf der Dinge. Ein nur erwarteter Zustand kann deshalb sowohl Ursache als Wirkung sein. Die Ursache muß nämlich nicht notwendig, wie nach der theoretischen Kausallehre, eine Wirkung haben, braucht vielmehr nur die Kraft zu haben, die Wirkung herbeizuführen (S. 5 und S. 23). Und Wirkung ist nicht nur die Verletzung, sondern auch die Gefährdung von Rechtsgütern, die nach der theoretischen Kausallehre nur die Möglichkeit eines Schadens, nach der praktischen aber eine wirkliche Schädigung bedeutet (S. 23—25, auch S. 48—51). Weil auch der erwartete Verlauf schon als wirklich betrachtet wird, erscheint nicht mehr die tatsächliche Veränderung des bisherigen Verlaufs als Veränderung, sondern nur dann liegt eine solche vor, wenn der Verlauf ein andrer geworden ist, als er unter dem Gesichtspunkt der Erwartung sich darstellte. (S. 7—8 und S. 25—26. Anklang an v. Bar.) Unsre Erwartungen rechnen nun nicht nur mit dem Ausbleiben, sondern auch mit dem Eintritt von Ereignissen und so wird dann auch durch ihr Ausbleiben der zu erwartende Verlauf ein andrer. Folglich kann auch das Ausbleiben eines erwarteten Ereignisses Wirkung sein (entgangener Gewinn), muß also auch Ursache sein können (Unterlassung). (S. 28—31, S. 57—59). Endlich muß auch der Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung erwartbar sein. Verursachung ist daher nur die der Erwartung entsprechende, mithin voraussehbare Verursachung (S. 31—32, S. 51—53).

Verstehe ich recht, so stellt der Verf. hier dem zu 1. aus dem Kraftbegriff heraus geführten Beweis eine zweite auf das Erwartungsprinzip begründete Ableitung desselben Ergebnisses zur Seite. Er gelangt, wie er selbst S. 52 Anm. 1 bemerkt, auf beiden Wegen zur Lehre von der adäquaten Verursachung. Leider versäumt er aber zu der wichtigsten Frage dieser Lehre, auf Grund welcher Tatsachen der Erfolg erwartbar gewesen sein müsse, bewußt Stellung zu nehmen; nur beiläufig fällt die Bemerkung, daß der Erfolg *für den Handelnden* voraussehbar sein müsse (S. 31). Was aber seine Begründung der Realität der Gefahr, der Kausalität der Unterlassung und der Kausalität für entgangenen Gewinn auf die Erwartung an-

langt, so ist dagegen zu erinnern, daß ihre Annahme psychologisch erklären noch nicht sie rechtfertigen heißt.

3) Die Frage nach der Verursachung wird aber vom Rechte nur zum Zwecke eines Werturteils über die Verursachung aufgeworfen. Alles, was gegenüber dieser Wertung indifferent ist, scheidet deshalb aus seinem Kausalbegriff aus. Wirkung ist deshalb nur eine Veränderung an den Rechtsgütern (S. 15/16, 37/38), Ursache nur der freie Wille eines Zurechnungsfähigen (S. 16/17, 38/39), und dem Zusammenhang zwischen beiden ist die Zurechenbarkeit wesentlich. (S. 39/40.)

Diese Ausführungen zu 3 vertiefen nur das zu 2a Gesagte: das Interessengebiet des Juristen berührt eben die Verursachung nur dann, wenn ein juristisches Werturteil über sie gefällt werden kann. Welchen Wert aber die Gleichsetzung von Verursachung und verbrecherischer Verursachung für den Juristen haben soll, bleibt unklar. Um zu ermitteln, was verbrecherische Verursachung ist, muß ich, wie Verf. selbst bemerkt (S. 40), zuerst wissen, was Verursachung ist, und nur darum dreht sich das strafrechtliche Kausalproblem, das man deshalb mit der Aufstellung eines Begriffes der spezifisch verbrecherischen Verursachung nicht lösen kann.

In einem zweiten Teile wendet der Verf. das im ersten Ausgeführte auf das Strafrecht an (S. 44—53), unterscheidet als Arten der Verursachung die unmittelbare und die mittelbare (S. 53—55), die direkte und die indirekte (S. 55—59) und betrachtet als Kehrseite der Kausalität den Zufall (S. 60—61).

Bedauerlich ist, daß der Verfasser die Auffassung der Kausalität als einer Form unsers Erkennens, scheinbar unter Vermengung des Verhältnisses von Ursache und Wirkung mit dem von Grund und Folge, mehrfach dahin ausdrückt, daß sie in dem Geschehen einen unter der Herrschaft der Denkgesetze sich vollziehenden logischen Prozeß erblicke (S. 1, 2, 34); und daß er, nachdem bereits v. Liszt (Z VI) die Gefährlichkeit solchen Verfahrens schlagend nachgewiesen hat, die Kategorie der Kausalität auf das Verhältnis zwischen einem Vorgange und seiner rechtlichen Beurteilung überträgt (S. 7, 33—34).

VI. Schuldzusammenhang.

30. Die Fragen der Zurechnung und Verantwortlichkeit behandelt Goldenweiser in zwei von umfassender Belesenheit und einer durchaus geschlossenen Weltanschauung zeugenden „Vorlesungen".[28]) Die erste befaßt sich mit der Natur des Willens, der eine höchst komplizierte Funktion unsres psychophysischen Organismus darstelle, auf

[28]) Goldenweiser (Rechtsanwalt in Kiew), Zurechnung und strafrechtliche Verantwortlichkeit in positiver Beleuchtung. Zwei Vorlesungen gehalten in der russischen Hochschule für Spezialwissenschaften in Paris. Berlin, R. L. Prager, 1903 (72 S.).

den rationell eingewirkt werden könne „nur durch harmonische Erregung aller physischen Funktionen". Die zweite Vorlesung zieht daraus die Folgerung, daß nicht Abschreckung, überhaupt nicht Repression, sondern lediglich Fürsorge (Anschluß an Vargha) die Aufgabe des Strafrechts sei.

31. In den Kampf der Vorstellungs- und der Willenstheorie hatte vor drei Jahren v. Hippel mit einem in der Göttinger Festschrift für Regelsberger veröffentlichten Aufsatz eingegriffen (vgl. den Bericht Z. XXIII 309 f.), in dem er die Argumente der Vorstellungstheorie seiner Kritik unterwarf. Er war zu dem Ergebnis gelangt, daß von vorsätzlicher Herbeiführung eines Erfolgs nur dann gesprochen werden könne, wenn der Erfolg gewollt war. Die Frage, wann ein Erfolg als „gewollt" zu gelten habe, blieb späterer Ausführung vorbehalten. Verfasser hat sie nunmehr zu beantworten unternommen. In seinem Buche[29]) „Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit" bringt er zunächst unter der Überschrift „Die Vorstellungstheorie" (S. 1—75) den genannten Aufsatz mit einigen Zusätzen zum Wiederabdruck, während der zweite Teil („Die Willenstheorie" S. 76—150) der positiven Begründung seiner eigenen Auffassung gewidmet ist. Verfasser geht aus von den Fällen, in denen es unbestritten sei, daß der Täter den Erfolg „gewollt" habe: 1. Gewollt sind „die als wünschenswert erstrebten Folgen der Tat ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts". Diese Auffassung „entspricht dem Sprachgebrauch und darf wohl unbedenklich als die communis opinio im Strafrecht und in der Psychologie bezeichnet werden" (S. 76—82). 2. Gewollt sind auch „die mit den erstrebten als notwendig verbunden vorgestellten Folgen der Tat, auch wenn sie dem Täter an sich gleichgiltig oder unangenehm waren". Denn „die als notwendig verbunden vorgestellten Folgen bilden für den Täter einen mit dem erstrebten Erfolge in concreto untrennbar gedachten Vorstellungskomplex. Überwiegen in dem Gesamtkomplex die erfreulichen Seiten die unerfreulichen, so wird die Vorstellung des Gesamtkomplexes Motiv zur Tat und die Realisierung des Gesamtkomplexes ist demgemäß gewollt . . . . Was in der Vorstellung des Täters als notwendig verbunden erscheint, das wirkt auch notwendig nur in dieser Verbindung auf seine Willensbildung ein. Es kann daher nur in toto gewollt oder nicht-gewollt sein" (S. 82—92). — 3. Das streitige Grenzgebiet wird erst mit der Frage betreten: Wann sind die bewirkten Folgen als „gewollt" anzusehen, wenn der Täter sie weder wünschte noch als notwendig eintretend vorhersah, wenn er sie also nur für möglich hielt und ihr Eintritt ihm entweder gleichgiltig oder gar unangenehm war? Das ist die Frage nach der Grenze zwischen dem dolus eventualis — der keine dritte Schuldform darstellt, sondern

[29]) Robert v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine dogmatische Studie. Leipzig, S. Hirzel, 1903 (X und 165 S.).

lediglich einen „Spezialfall des Vorsatzes“ — und der bewußten Fahrlässigkeit. Die herrschende Willenstheorie und die Judikatur des Reichsgerichts — das ja nach der im 1. Teil ausführlich begründeten Meinung des Verfassers ebenfalls der Willenstheorie folgt — geben auf diese Grenzfrage keine prinzipielle Antwort. Zwar erkennen sie, (mit alleiniger Ausnahme von v. Bar und Stooß, die den dolus eventualis grundsätzlich verwerfen) die Notwendigkeit an, gewisse Fälle des blos möglichen Erfolgs zum Vorsatz zuzurechnen. Sie entscheiden auch zutreffend eine große Reihe einzelner Fälle, indem sie von dolus eventualis, d. h. von „gewolltem“ Erfolg, dort sprechen, wo der Täter in den als möglich vorgestellten gleichgiltigen oder unerwünschten Erfolg „eingewilligt“, ihn „gebilligt“ hat, wo er sich gesagt hat: „nun gut, wenn dieser Erfolg eintritt, ist es mir auch recht“ (Hamm), wo er seinen eigenen Vorteil höher gestellt hat als die wirklich eintretende Verletzung fremder Interessen (Lammasch), während sie nur bewußte Fahrlässigkeit annehmen, wenn der Täter den Erfolg „innerlich abgelehnt hat“ oder dgl. Aller alles dies sind nur ungefähre Illustrationen, keine allgemeingiltigen Begriffsbestimmungen. Auch die Psychologie gibt keine Antwort auf die Frage, wann in derartigen Fällen ein Erfolg noch als „gewollt“ gelten könne (S. 93 bis 111). — Den besten Versuch, zu einer praktisch brauchbaren Grenzregulierung zu gelangen, enthält Franks Formel: „Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte“. Diese Formel, die Verfasser gegen die Einwände Thyréns und Anderer in Schutz nimmt, ist nicht nur praktisch brauchbar, da die Beweisschwierigkeiten hier nicht größer sind als bei irgend einer andern Formulierung der unteren Vorsatzgrenze; sie ist auch psychologisch insofern richtig, als sie uns keineswegs nur die unlösbare Aufgabe stellt, das Verhalten des Täters für einen fingierten Fall zu mutmaßen, sondern uns auf konkrete, für den Augenblick der Tat festzustellende psychische Momente hinweist, indem sie uns zu der Frage veranlaßt: Hatte die Vorstellung des Erfolges als blos möglich im gegebenen Fall für den Täter dieselbe praktische Bedeutung wie eine Vorstellung als notwendig? oder: war dem Täter der Eintritt des rechtswidrigen Erfolgs zwar nicht an sich lieb, wohl aber lieber als der Verzicht auf seine Interessen? (S. 111 bis 124.) Aber es erhebt sich doch die weitere, von Frank ebensowenig wie von den nach verschiedenen Richtungen fördernden Untersuchungen M. E. Mayers erledigte Frage: Warum ist bei derartig charakterisierten Tatbeständen Vorsatz (dolus eventualis) anzunehmen? Warum können wir hier noch von einem Wollen des Erfolges reden? Verfasser antwortet: „Als gewollt bezeichnen wir offenbar diejenigen Folgen der Tat, deren Vorstellung für den Entschluß des Täters eine bestimmte praktische Bedeutung hat“. Nun hat sich oben ergeben, daß gewollt sind die als wünschenswert erstrebten und die

mit diesen als notwendig verbunden vorgestellten Folgen der Tat. Folglich: „Wenn es sich im Einzelfalle konstatieren läßt, daß eine als blos möglich vorgestellte gleichgiltige oder unangenehme Folge für den Willensentschluß des Täters dieselbe praktische Bedeutung gehabt hat, wie wenn die betr. Folge als mit den erstrebten notwendig verbunden vorgestellt wäre, dann muß die betr. Folge mitgewollt sein". Somit gibt uns Franks Formel die richtige Abgrenzung des dolus eventualis, wenn auch ihre Begründung erst durch solche Fundierung auf den Willensbegriff möglich ist. — Daß die angedeutete Schlußfolgerung nicht nur logisch zwingend, sondern auch psychologisch richtig ist, ergibt sich durch die Überlegung, daß das gemeinsame Kriterium aller „gewollten" Erfolge darin besteht, „daß die Hoffnung auf den Nichteintritt des betr. Erfolges kein entscheidender Grund für die Vornahme der Handlung war". Dies Kriterium trifft aber nicht nur auf die beiden erstgenannten Gruppen zu, sondern auch auf die unter Franks Formel fallenden Fälle des dolus eventualis. Als Probe auf dies Ergebnis kann auch die Erwägung dienen, daß in allen genannten Fällen das strafwürdige Moment in dem Egoismus des Täters liegt, der die eigenen Interessen höher als die verletzten stellt; in allen unterhalb der gezogenen Grenze liegenden Fällen aber — den Fällen der Fahrlässigkeit — nur im Leichtsinn des Täters (S. 125—143). Ein Schlußkapitel erbringt gegenüber Huther den Beweis, daß § 59 St.G.B. keine Abweichung von dem gewöhnlichen Vorsatzbegriff bedingt (S. 143—150). — In dem neuen „Anhang III" (S. 156—165) gibt Verfasser eine äußerst dankenswerte Zusammenstellung und kurze Inhaltsangabe aller den dolus eventualis behandelnden Reichsgerichtsentscheidungen.

Daß das Buch v. Hippels eine wertvolle Bereicherung der Schuldliteratur darstellt, wird wohl von Anhängern wie von Gegnern der Willenstheorie unumwunden zugegeben werden. Ich möchte hier seinen Wert nach drei Richtungen betonen: 1. die erschöpfende Sammlung und meisterhaft klare Vorführung des literarischen und kasuistischen Materials ermöglicht es, daß jede künftige Untersuchung sofort auf breitester empirischer Grundlage geführt werden kann und, soll sie irgendwie fördern, geführt werden muß. — 2. Gewisse kritische Partieen halte ich — darüber wird man freilich streiten können — für absolut schlagend: so vor allem den Nachweis, daß es psychologisch durchaus hergebracht und korrekt ist, von einem „Wollen" des Erfolges zu sprechen, daß also dies Argument der Vorstellungstheorie hinfällig ist; weiter den Nachweis, daß Thyréns geistvolle Polemik gegen Frank den Kern der Sache nicht trifft; den scharfsinnigen Nachweis, daß von M. E. Mayers vier Schuldgruppen die beiden mittleren Gruppen unhaltbar sind, und anderes. — 3. Einen Fortschritt dürfte auch die genauere Abgrenzung und psychologische Vertiefung der einzelnen Fälle des dolus eventualis darstellen, wie auch die Betonung des Egoismus als Leitmotiv aller Fälle des Vorsatzes, des Leichtsinns für die Fahrlässigkeit; wenn schon der Begriff des

„Egoismus", der rein psychologisch betrachtet auch die fahrlässigen Handlungen beherrscht, vielleicht noch durch nähere Präzisierung vor Mißverständnissen geschützt werden müßte. So ist wohl in der Tat „die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit" durch die Untersuchungen des Verfassers ganz wesentlich verdeutlicht und verschärft worden.

Nur einen Beweis hat das Buch m. E. nicht erbracht, den Beweis, daß die „Willenstheorie" richtig, die Vorstellungstheorie unrichtig sei. Dieser Beweis ist mit dem Nachweis, daß ein Erfolg „gewollt" werden kann, natürlich noch nicht erbracht, sondern fordert den weiteren Nachweis, daß jeder und nur der gewollte Erfolg vorsätzlich herbeigeführt ist. Gerade die Ausführungen des Verfassers unterstützen hier aber die von v. Liszt, Frank und v. Lilienthal vertretene, vom Verfasser aufs schärfste bekämpfte Meinung, wonach der Gegensatz in der Tat nur ein terminologischer ist. Es dürfte kaum ein Fall vorgebracht sein, der nicht von den gemäßigten Anhängern beider Theorien gleich entschieden würde. Als Grund für die Verkennung dieser Sachlage — wie für die Unfruchtbarkeit so mancher andern strafrechtlichen Kontroverse — dürfte gerade nach dem Hippelschen Buche eine unrichtige Grenzregulierung zwischen den Aufgaben der Psychologie einerseits, denen der Ethik und Jurisprudenz anderseits zu bezeichnen sein. Die Frage, die zur Diskussion steht, lautet zunächst nicht: „In welchen Fällen kann ein Erfolg als gewollt angesehen werden?" sondern — das betont auch Verfasser scharf —: „Welche psychologische Beziehung zwischen Täter und Erfolg muß gegeben sein, damit eine Tat zum Vorsatz zuzurechnen sei?" Auf diese Frage aber — und hier beginnt die Meinungsverschiedenheit — kann und will uns die Psychologie niemals eine Antwort geben. Das ist eine Frage nach der Bewertung menschlicher Handlungen, während die Psychologie es ihrer Aufgabe nach nur mit der genetischen Erklärung der einzelnen Handlung zu tun hat. Die Psychologie kann uns sagen, was wir unter dem „Wollen" zu verstehen haben — eine klare Antwort gibt sie freilich nicht —; sie kann uns die Frage beantworten, ob man überhaupt einen „Erfolg" oder aber nur eine „Körperbewegung" wollen kann — die Zusammenstellung des Verfassers erbringt m. E. den Beweis für einen Sprachgebrauch in der ersten Richtung —; die Psychologie sollte uns ferner auch die Frage beantworten können, ob man in den Fällen, in welchen der Jurist dolus eventualis annimmt, noch von einem „Wollen" des Erfolges sprechen darf — Verfasser zeigt, daß sie hier im Stiche läßt. Aber selbst wenn sie in all diesen Fällen die geforderte Auskunft geben sollte, würde sie uns damit noch um nichts der Lösung der Frage näher gebracht haben, ob in allen und nur in diesen Fällen des „gewollten" Erfolgs die schwerste Schuldkategorie „Vorsatz" angewendet werden müßte und dürfte. Die entscheidende Zwischenfrage ist: warum denn nur der gewollte und nicht auch ein unter gewissen Modalitäten vorgestellter Erfolg vorsätzlich herbeigeführt sei.

Die Entscheidung dieser Frage kann niemals von einer Untersuchung der Begriffe „wollen" und „vorstellen", sondern nur von einer Analyse des Vorsatzbegriffes ausgehen. Bei der Lösung dieser Frage können wir uns freilich der Begriffe des Wollens und Vorstellens bedienen, aber lediglich zur Verkürzung unsrer Ausdrucksweise und nur, falls uns der psychologische oder ein einwandfreier sonstiger Sprachgebrauch hier feste Begriffe an die Hand gibt. Finden wir einen solchen Sprachgebrauch, so ist es natürlich sehr erfreulich; finden wir ihn aber nicht, so können wir die gesuchte psychische Verknüpfung bezeichnen, wie er uns sonst angemessen erscheint. — Soweit ich die Frage übersehe, ist hiernach ihr Stand heute der: 1. Es werden vom Freund wie vom Gegner bestimmte psychische Beziehungen des Täters zu seiner Tat aufgestellt als Erfordernis der Zurechnung zum Vorsatz. Über ihre Abgrenzung läßt sich rechten und es ist zuzugeben, daß Verfasser zu einer schärferen Abgrenzung vieles beigetragen hat. 2. Erst über die weitere Frage, ob wir diese psychischen Beziehungen (über deren Tatbestand wir im Wesentlichen einig sind) überall mit dem Ausdruck „wollen" belegen dürfen, trennen sich die Lager der Vorstellungs- und der Willenstheorie; jeder beruft sich hier, da die Psychologie im Stiche läßt, auf seinen unkontrollierbaren, weder zu rechtfertigenden noch zu bekämpfenden Sprachgebrauch. Nach meinem persönlichen Gefühl ist es in sehr vielen typischen Vorsatzfällen irreführend und daher unzweckmäßig, von einem „Wollen" zu sprechen. Beispiel: Ich habe mich im Gebirge verstiegen und muß und will um jeden Preis wieder herunter, selbst um den Preis des Beinbruchs; meinem persönlichen Sprachgefühl widerstrebt es, daß ich gegebenen Falls den Beinbruch „gewollt" haben soll. Haben wir wirklich von dem Willensbegriff auszugehen, so verfährt m. E. v. Bar durchaus konsequent, wenn er den dolus eventualis ganz verwirft — bezeichnend für die praktisch unmögliche Einengung des Vorsatzgebiets, zu der wir auf diesem Wege kommen —; aber recht hat v. Bar deshalb nicht, weil jener Ausgangspunkt eben falsch ist.

Franks Formel hält Verfasser zur Abgrenzung des dolus eventualis für zweckmäßig. Er verlangt aber mit Recht, daß nicht nur ihre Brauchbarkeit, sondern auch ihre Richtigkeit dargetan werde. In diesem Nachweis würde der Schwerpunkt der Untersuchungen liegen. Ich kann ihn aber nicht für erbracht halten: Einmal, wie gesagt, deshalb nicht, weil Verfasser ihn dann schon für geführt hält, wenn er die Fälle des Frankschen dolus eventualis als „gewollt" aufzeigen kann, ich aber den Satz, daß jeder und nur der „gewollte" Erfolg vorsätzlich herbeigeführt sei, für eine petitio principii halte. Unabhängig davon aber auch deshalb nicht, weil mir der Nachweis, daß die Fälle des d. ev. einen „gewollten" Erfolg enthalten, nicht schlüssig zu sein scheint. Verfasser sagt logisch unanfechtbar: „Wenn es sich im Einzelfalle konstatieren läßt, daß eine bloß als möglich vorgestellte gleichgiltige oder unangenehme Folge

für den Willensentschluß des Täters dieselbe praktische Bedeutung gehabt hat, wie wenn die betr. Folge als mit den erstrebten notwendig verbunden vorgestellt wäre, dann muß die betr. Folge mitgewollt sein" (135). Daß eine solche Konstatierung aber im Einzelfall nicht durchführbar ist, ergiebt sich bei der weiteren Erörterung, welche gemeinsame Bedeutung dies psychologisch sein soll: sie soll darin bestehen, „daß die Hoffnung auf den Nichteintritt des betr. Erfolgs kein entscheidender Grund für die Vornahme der betr. Handlung war" (136). Welche psychologische Bedeutung „die Hoffnung auf den Nichteintritt" des Beinbruchs für den Bergsteiger hatte, interessiert uns nun aber gar nicht; wir wollen wissen, welche Bedeutung die Erwartung des eventuellen Eintritts hatte. Und wenn wir nun erfahren, daß diese Erwartung kein entscheidender Grund für die Vornahme der Handlung war, so erfahren wir damit in Wahrheit nichts, denn ein negatives Urteil hat keinen positiven Erkenntniswert. Keinesfalls können wir zugeben, daß für die Erwartung eines Erfolgs als eines sicheren auf der einen Seite und als eines nur möglichen auf der andern Seite ein gemeinsames Kriterium aufgestellt ist — wovon ja die Schlüssigkeit der ganzen Beweisführung abhängt —, wenn wir angeben, was beide nicht sind; denn damit betreten wir den Boden der unbegrenzten, aber nichts Positives besagenden Möglichkeiten.

32. Eine Abhandlung von Lauffer[30]) definiert den Vorsatz als den durch den vorgestellten Erfolg motivierten Willen. Denn der Erfolg dürfe nicht nur äußerlich auf das Tun zurückgeführt sein, sondern müsse sich auch als Wirkung der „psychischen immateriellen Kraft, aus welcher der Impuls zum Handeln entsprang", darstellen. Das ist selbstverständlich richtig. Die Schwierigkeit beginnt erst bei der weiteren Frage, ob nur derjenige Erfolg, dessen Vorstellung Motiv zum Handeln war, vorsätzlich herbeigeführt ist. Wie steht es mit dem unerwünschten, aber als notwendig vorgestellten Nebenerfolg, den doch sicherlich auch der Verfasser zum Vorsatz zurechnen würde? Wie mit den Fällen, die wir unter den Begriff des dolus eventualis zusammenzufassen pflegen? Darüber erfahren wir nichts.

33. Über Irrtum und Schuldbegriff liegt eine Monographie von Kohlrausch[31]) vor.

Die Schuldlehre hat, so führt der Verf. aus, zwei Fragen zu beantworten: 1. Zu welchen Momenten seiner Tat muß der Täter in einer bestimmten psychischen Beziehung stehen? 2. Welcher Art muß diese psychische Beziehung sein? Die Beantwortung der ersten Frage, derjenigen nach dem Vorstellungsinhalte der Schuld, ist unab-

---

[30]) Julius Lauffer (Richter am Budapester Königl. Gerichtshof), Die Kausalität im Vorsatz. Gerichtssaal Bd. 63 (1904). S. 130—138.

[31]) Dr. Eduard Kohlrausch, a. o. Professor der Rechte in Königsberg, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I. Teil. Berlin, 1903, (J. Guttentag). VIII und 188 S. 8°.

hängig von der Beantwortung der zweiten Frage, derjenigen nach der Abstufung der Schuld. Die Irrtumslehre ist nun nur eine Umkehrung der Lehre vom Schuldinhalt. Die Frage, über welche Momente der Tat Irrtum bestehen dürfe, ist nur die bequemere negative Form der Frage, welche Momente der Tat von der Schuld umfaßt sein müssen. Der Irrtum ist also von Interesse nur insofern er den Mangel der richtigen, nicht insofern er das Vorhandensein einer falschen Vorstellung bedeutet. Die Frage nach Schuldinhalt und Irrtum, gewöhnlich dahin formuliert, ob zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre, Rechtsirrtum ihn ausschließe, ist genauer so zu stellen: hat sich der Vorsatz nur auf den objektiven Tatbestand als psychisch-physisches Ereignis oder auch auf die Qualifizierung der Tat von irgend einem Standpunkt aus oder gar auf die Rechtsfolgen der Tat zu erstrecken?

Es ergibt sich nun sofort eine Einengung der Beantwortungsmöglichkeiten. Denn einerseits kann zum Vorsatze Kenntnis der Rechtsfolgen deshalb nicht gefordert werden, weil das Verbrechen schon strafwürdig gewesen sein muß, bevor es wirklich mit Strafe bedroht wurde und sich mithin die dem Verbrechen wesentliche Schuld nur auf solche Eigenschaften beziehen kann, welche ihm schon vor seiner Pönalisierung wesentlich waren. Anderseits kann sich die Schuld nicht lediglich auf das Verbrechen als psychisch-physisches Ereignis beziehen, sondern muß daß Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit enthalten. Denn das an sich unerklärliche Verlangen, der Täter müsse gewußt haben, was er tat, kann nur deshalb einen vernünftigen Sinn haben, weil nur unter dieser Voraussetzung gesagt werden kann, der Täter habe gewußt, daß er das nicht tun dürfe. Worin diese nicht erst durch die Pönalisierung geschaffene Pflichtwidrigkeit bestehe, soll erst im zweiten Teile ausgeführt werden.

Der Verf. wendet sich nunmehr zur Besprechung der bestehenden Theorien über den Schuldinhalt, und zwar zunächst derjenigen, die zur Schuld ohne Ausnahme Bewußtsein der Strafbarkeit, Norm- oder Rechtswidrigkeit verlangen. Das von Feuerbach auf Grund seiner psychischen Zwangstheorie aufgestellte Erfordernis des Bewußtseins der Strafbarkeit fällt mit jener Theorie. Bindings Normentheorie hat die Fragestellung erheblich gefördert, indem sie betont, die Schuld könne sich nur auf Momente der Strafwürdigkeit, nicht auf solche der Strafbarkeit beziehen; sie tut diesen Schritt aber nur halb, wenn sie zur Schuld das Bewußtsein der Normwidrigkeit fordert: vor seiner Verbietung muß das Verbrechen verbotswürdig gewesen sein, und die zu seinem Begriffe gehörige Schuld kann sich also auf sein Verbotensein ebensowenig wie auf seine Strafbarkeit, vielmehr nur auf solche Momente beziehen, die es verbotswürdig machten. Denjenigen endlich, die zur Schuld Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern, ist die Vieldeutigkeit des hier verwerteten Begriffs entgegenzuhalten. Rechtswidrigkeit kann bedeuten Negation eines subjektiven Rechts (R. Loening) oder Negation des objektiven Rechts, und Negation

des objektiven Rechts wiederum Störung eines rechtlich geordneten Zustandes (Loeffler) oder Zuwiderhandeln gegen eine Norm Es ist nun auch der Auffassung Loenings und den Argumenten Loefflers gegenüber an der Ansicht Merkels festzuhalten, daß die Rechtswidrigkeit nicht Veränderung eines vom Rechte gebilligten Zustandes, sondern vom Rechte mißbilligte Veränderung eines Zustandes, Zuwiderhandeln gegen eine Norm ist. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fällt also, richtig aufgefaßt, mit Bindings Bewußtsein der Normwidrigkeit zusammen.

Der Vers. wendet sich jetzt zu den Theorien, die den Rechtsirrtum zwar regelmäßig für unerheblich, ausnahmsweise aber für erheblich halten, zunächst zu Franks Theorie, nach welcher zwar die Rechtswidrigkeit nicht ein positives, wohl aber ihr Mangel ein negatives Tatbestandsmerkmal ist. Er weist nach, daß sie logisch unhaltbar und praktisch undurchführbar sei, daß aber auch Frank ihre notwendige Konsequenz gar nicht ziehe: statt nämlich zu folgern, daß schon die Annahme des Mangels der Rechtswidrigkeit, schließt er nur, daß die Annahme eines Umstandes, dessen tatsächliches Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde, also ein Fall nicht des Rechts-, sondern des Tat-Irrtums, den Vorsatz ausschließe. Ebenso verwirft der Vers. die Ansicht, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dort fordert, wo sie im gesetzlichen Tatbestande ausdrücklich hervorgehoben wird, da diese Hervorhebung vom Gesetzgeber durchaus willkürlich geschehen ist, und der § 59 St.G.B. uns nicht zwingt, allein wegen des verschiedenen Wortlauts der einzelnen Tatbestände trotz ihrer inhaltlichen Gleichheit eine Verschiedenheit der subjektiven Erfordernisse anzunehmen. Das Reichsgericht, das die hier abgelehnte Ansicht zu vertreten vorgibt, ist dennoch in seinen Entscheidungen auch in Fällen der Hervorhebung der Rechtswidrigkeit im gesetzlichen Tatbestande niemals von seiner grundsätzlichen Auffassung abgewichen, daß nur außerstrafrechtlicher Irrtum, niemals aber Strafrechtsirrtum die Schuld ausschließe.

Der Vers. geht sodann zu denjenigen Ansichten über, die den Rechtsirrtum für unerheblich und nur den Tatirrtum für erheblich erklären. Er schließt sich der Ansicht an, daß sie sich auf den römischrechtlichen Satz error juris nocet nicht berufen dürfen: das römische Recht erklärt den Rechtsirrtum nur deshalb für unerheblich, weil es ihn stets für unentschuldbar hält, durch unentschuldbaren Irrtum den Vorsatz aber nicht ausgeschlossen glaubt — zwei Prämissen, die die heutige Strafrechtswissenschaft nicht mehr anerkennt. Die Ansicht, daß zum Vorsatz Kenntnis nur der strafbaren Handlung als sinnenfälligen Ereignisses, nicht auch ihrer Beurteilung erforderlich sei, ist aber auch unrichtig. Der Täter muß den Erfolg vorausgesehen haben, der Erfolg erschöpft sich aber nicht in sinnenfälligen Ereignissen. Denn wir können einen Ausschnitt von Folgen einer Handlung zu einer Einheit, zum Erfolg nur dann zusammenfassen, wenn wir diese Folgen unter einem bestimmten einigenden Gesichtspunkt betrachten, dadurch

legen wir ihnen aber Eigenschaften bei, die nicht der sinnlich wahrnehmbaren Außenwelt angehören, sondern aus der Beziehung auf uns, das denkende Subjekt, entnommen sind. Welches jener einigende Gesichtspunkt zu sein hat, wird Teil II ergeben.

Die Beobachtung, daß die richtige Erkenntnis des sinnlich Wahrnehmbaren zur Zurechnung nicht genügen könne, führt zu zwei weiteren Ansichten. Der Wahrheit am nächsten kommt diejenige v. Liszts. Dieser erklärt außer dem Irrtum über die Tat als sinnenfälliges Ereignis auch die irrtümliche Nicht-Subsumtion ihrer Merkmale unter die im Gesetze als Tatbestandsmerkmale erscheinenden Begriffe für relevant. Er betrachtet aber das für jeglichen Vorsatzbegriff gültige Erfordernis, daß der Täter das sinnenfällige Ereignis nicht nur gekannt, sondern auch unter einem bestimmten Gesichtspunkt betrachtet haben müsse, nur als eine unerwünschte Duplizität des positivrechtlichen Vorsatzbegriffs. Und es ist gegen ihn weiter einzuwenden, daß nach ihm jener einigende Gesichtspunkt genau derselbe sein muß, den auch das Gesetz bei Aufstellung der Verbrechenstatbestände verwendet — eine Lehre, die im praktischen Ergebnis der Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gleichkommt. Auch die andre vom Reichsgericht vertretene Theorie, nach welcher außerstrafrechtlicher Irrtum relevant sein soll, verwirft der Verfasser. In eingehendster Prüfung sämtlicher einschlägiger Entscheidungen weist er nach, daß das Reichsgericht sich bei der Scheidung des außerstrafrechtlichen vom strafrechtlichen Irrtum in Widersprüche verwickle. Und grundsätzlich führt er aus, daß das Reichsgericht hier auf bloße gesetzestechnische Darstellungsformen inhaltliche Unterscheidungen gründe.

In einem zweiten Teile verheißt der Verfasser die eigne Ansicht zu entwickeln: Die bisherigen Ausführungen verraten über sie dreierlei: 1. Der Vorsatz bezieht sich nicht auf die Rechtsfolgen der Tat. 2. Er bezieht sich aber auch nicht allein auf die Tat als sinnenfälliges Ereignis, begreift vielmehr in sich seine Betrachtung unter einem einigenden Gesichtspunkt. 3. Dieser Gesichtspunkt wird derjenige der Pflichtwidrigkeit der Tat sein — eine Pflichtwidrigkeit, die nach dem Satze zu 1 schon vor ihrer Strafbarerklärung gegeben gewesen sein muß. Ob der Verfasser sie, dem von M. E. Mayer gewiesenen Wege folgend, in der Kulturnormwidrigkeit der Tat finden wird?

34. Mit dem Rechtsirrtum beschäftigt sich auch die Prorektoratsrede von Allfeld[32]). Die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums widerspreche dem Gedanken der gerechten Vergeltung ebenso wie den Strafzwecken der Besserung oder der Abschreckung oder der Unschädlichmachung. Seine Berücksichtigung werde auch keineswegs, wie man wohl einwende, die Rechtsprechung lahmlegen; denn der Beweis der Rechtskenntnis sei nicht schwieriger als der heute schon

---

[32]) Allfeld (o. Prof.), Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. Erlanger Prorektoratsrede. Leipzig, A. Deichert, 1904. 40 S.

geforderte Beweis vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns. Zudem spreche „für die Rechtskenntnis eine natürliche Vermutung“ (die Verf. freilich Feuerbach gegenüber als „unzulässig“ gerügt hatte!). Alle Versuche, innerhalb des Rechtsirrtums relevanten und irrelevanten Irrtum zu scheiden, seien mißglückt. Für das neue St.G.B. sei also der Wunsch auszusprechen, daß es „im Interesse der wahren Gerechtigkeit den Rechtsirrtum mit dem tatsächlichen Irrtum auf die gleiche Stufe stelle“.

VII. Rechtswidrigkeit.

35. Friedrich Oetker, Professor in Würzburg: Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Leipzig, A. Deichert, 1903; 81 S.)

„Rechtsgebrauch ist niemals Rechtspflichtverletzung.“ „Rein zivilrechtlich ist die Frage der Ersatzverbindlichkeit“; dieselbe ist hier „nicht Folge des Unrechts, sondern eines Rechtsgebrauchs mit Ersatzpflichtfolge“. Nach solchen präjudizierenden Feststellungen werden die das Notrecht regelnden Bestimmungen des B.G.B. eindringender Analysierung und die mannigfachen Streitfragen klärender Prüfung unterworfen. Die dadurch erzielte Reichhaltigkeit des Buches macht es unmöglich, auf die Einzelheiten des Inhalts einzugehen. Aber die grundsätzliche Auffassung des Verfassers von dem Selbstverteidigungsrecht nach dem B.G.B. bedarf der Hervorhebung. Seiner Meinung nach begreift § 228 Fälle der Notwehr und des Notstandes unter sich; erstere unterliegen dann aber nicht der beschränkenden Voraussetzung der Proportionalität; dagegen lösen sie, falls verschuldet, die Haftpflicht aus. (S. 11, 12.) Das unterscheidende Merkmal zwischen Notwehr und Notstand bildet der „rechtswidrige Angriff“; als solcher hat „jeder nicht berechtigte Angriff“ zu gelten, also auch der von Tieren (S. 23). — Demgegenüber wird diesseits daran festgehalten, daß die „Rechtswidrigkeit“ nicht nur Rechtsfähigkeit, sondern sogar Handlungsfähigkeit voraussetzt. Denn nur wenn man im Angriff ein „Unrecht“ erkennt, „darf dem Gesetze zugetraut werden, daß es die Verteidigung gegen einen Menschen uneingeschränkt gestatte, gegen einen Hund durch Verhältnismäßigkeit von Schaden und Gefahr bedinge“. Danach sind Kinder und Wahnsinnige nur auf dem Wege der Analogie unter das Gesetz subsumierbar; die Tatbestandsmerkmale „rechtswidrig“ (§ 227) und „Sache“ (§ 228) aber schließen sich begrifflich aus. Im Sinne des Verfassers verhalten sich „rechtswidrig“ auch gefahrdrohende Häuser und Blumentöpfe und unterliegen nur deshalb nicht der Notwehr, weil sie nicht „angreifen“. Damit aber ist der praktische Einfluß der konstruktionellen Differenz auf den einen Fall des Tierangriffs lokalisiert. — Besonderes Interesse bieten namentlich die Untersuchungen über den Begriff „gefahrdrohende Sache“ (S. 27 ff.), über den Fall der „wechselseitigen Gefährdung“ (S. 35 ff.), endlich über die im Bereiche des § 904 liegende Even-

tualität, daß die zerstörte Sache des Dritten selber gefährdet war (S. 71 ff.). Im übrigen „liegen die leitenden Grundsätze des § 902 klarer zu Tage" (S. 53). Ausdrücklich zustimmen möchte ich hier noch den Sätzen: „Das Recht der Einwirkung auf die fremde Sache ist in keinem Sinne ein Enteignungsrecht" (S. 63) und: „Rettung wider Willen braucht keineswegs Nötigung zu sein" (S. 69). Sehr bedenklich aber erscheint mir wieder des Verfassers Ansicht vom gegenseitigen Verhältnis der §§ 904 B.G.B. und 54 St.G.B. Soweit es sich um Einwirkung auf Sachen handelt, soll beim Fehlen der in § 904 vorausgesetzten Proportion und beim Vorliegen des von § 54 geforderten Tatbestandes dennoch dessen strafbefreiende Kraft versagen (S. 61). (Hierbei läuft dem Verf. außerdem ein kleines Versehen unter: die Frage wird akut in allen Fällen, wo die drohende Körperverletzung gegenüber der zuzufügenden Eigentumsverletzung nicht einen unverhältnismäßig großen Schaden ergibt!) Soweit aber Einwirkungen auf Menschen in Frage stehen, soll § 54 den seinen Anforderungen entsprechenden Tatbeständen die Widerrechtlichkeit nehmen, sodaß auch die zivilistische Haftpflicht aus § 823 entfiele (S. 79). Beide Entscheidungen haben die herrschende Meinung gegen sich. In allen diesen Punkten aber bietet die Oetkersche Schrift ausgibige Veranlassung, die eigne Auffassung zu revidieren.

36. Fritz Auer: Der strafrechtliche Notstand und das Bürgerliche Gesetzbuch. Würzburger Preisschrift. 1903 (München, Beck, VII, 40 S.

In aphoristischer Schreibweise und mit lapidarer Kürze versteht es der Verf., die gesetzliche Regelung der Notstandsmaterie übersichtlich darzustellen und die hierin förderlichen Gesichtspunkte prägnant zum Ausdruck zu bringen. Zunächst wird der Notstand von der Notwehr abgegrenzt; gemeinsam ist ihnen die Gegenwärtigkeit der Gefahr; der fundamentale Unterschied besteht in der Voraussetzung eines rechtswidrigen Angriffs für die Notwehr. Ein solcher kann ausgehen nur von Menschen, also nicht von Tieren, anderseits von allen Menschen, also auch von unzurechnungsfähigen. Der den strafrechtlichen Notstand mit der Notwehr verknüpfende Mangel jeder Proportionalität und der der Notwehr eigentümliche Mangel der Subsidiarität wird als eine gesetzlich sanktionierte „Totschlägermoral" scharf getadelt. (S. 1—8.) Als verfehlt sieht Verf. auch den Tatbestand des § 52 St.G.B. an, welcher einen Fall echten Notstands und einen Fall ausgeschlossener Handlung zusammenkoppelt; desgleichen bringe das Merkmal „unverschuldet" (in § 54) einen Gesichtspunkt herein, der gar nicht in die Notstandsmaterie gehöre. Zu eng ist: ‚Für Leib und Leben' sowie: ‚oder eines Angehörigen'. Der Exzeß soll de lege lata wie de lege ferenda nur bei Notwehr, nicht bei Notstand straflos sein. Die Notstandshandlung ist zwar straflos, bleibt aber widerrechtlich; daher ist Notwehr dagegen zulässig, Schadensersatzpflicht begründet, sowie strafbare Teilnahme denkbar (S. 8—19). Nach einem kurzen Überblick über die gemeinrechtlichen Vorbildungen und

die Dogmengeschichte der §§ 228 und 904 wird das Notrecht des B.G.B. zusammenhängend dargestellt. Maßgebend ist das objektive Prinzip des überwiegenden Interesses; dabei wird die Umkehrung der Proportion in § 904 gegenüber § 228 richtig begründet. Die Auffassung, wonach ohne Willen tätig werdende Personen als „Sachen im Sinne des § 228 zu gelten haben, hält Verfasser für unhaltbar. Der Fortschritt aber, der in der Statuierung eines Notrechts liegt, ist gerade durch die Beschränkung auf die Sachenverletzung ein völlig unzulänglicher geblieben (S. 19—28). Verfasser verwirft jede analoge Ausdehnung der zivilrechtlichen Bestimmungen auf das Strafrecht; selbst die zivilrechtliche Verschuldung soll für das Strafrecht das Notrecht nicht aufheben. An der Hand der entwickelten Prinzipien wird nun der Einfluß des B.G.B. auf das Strafgesetzbuch im einzelnen nachgewiesen. Im Bannkreise jenes erstern kann es gegen Notstand Notwehr nicht geben (S. 28—34). Die Harmonie, welche die heutige Rechtslage vermissen läßt, soll uns das in Aussicht stehende Strafgesetzbuch bringen. Bei Gefahr für Leib und Leben soll das subjektive, bei den „Rechtsgütern zweiter Ordnung" das objektive Prinzip die Grundlage abgeben. „Die Notwehr muß dem Notstand genähert werden" (S. 34—38).

37. Hermann Großmann, Referendar: Das Prinzip der Selbstverteidigung im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Berliner Dissertation 1903. (92 S.)

„Es soll die These erwiesen werden, daß dem gesetzlichen Ausdrucke ‚Selbstverteidigung' ein einheitliches und eigentümliches Prinzip entspricht, dessen grundsätzliche Erfassung gleichzeitig den Schlüssel zum vollen Verständnis der beiden Sonderbegriffe der ‚Notwehr' und der ‚Notstandsverteidigung' bietet" (Einl.). Die in den §§ 227, 228 „erlaubte Eigenmacht" ist nicht nur rechtmäßig, sondern bedeutet ein subjektives Privatrecht, dessen Wahrnehmung von dem Willen des Geschützten abhängt (§ 1). Der Verzicht des Staates auf sein Monopol der Reaktion gegen das Unrecht ist geknüpft an das Vorliegen einer gegenwärtigen positiven Gefahr. Gegen sie aber ist jede erforderliche Verteidigung primär geboten, „da die Wahl jedes anderen Rettungsmittels mit einer teilweisen Opferung der wahrhaften Freiheit und Ehre zusammenfällt" (§ 2). Wie sich Strafrecht und Zivilrecht durch die jeweilige Betonung des subjektiven (die Notlage) und des objektiven Gesichtspunkts (das Unrecht) gegenüber stehen, so bildet das Prinzip der Unrechtsbekämpfung (§§ 227, 228) einen Gegensatz zum Prinzip des überwiegenden Interesses (§ 904). — Die diesbezüglichen Ausführungen des Verfassers beweisen eine erfolgreiche Verarbeitung der Merkelschen Gedankengänge. Dagegen nimmt er eine durchaus selbständige Stellung gegenüber der einschlägigen Literatur ein bei Gelegenheit des Nachweises, daß die Selbstverteidigung gegen Sachen einen Unterfall der Abwehr des Unrechts bilde. Die zu einem Exkurse anschwellende Erörterung des Unrechtsbegriffs weist manche beachtliche Momente auf

(§ 3). — Selbstverschuldeter Notstand sollte überhaupt kein Selbstverteidigungsrecht auslösen. Daß aber selbstverschuldete Notwehr sogar eine Ersatzpflicht nicht begründet, erklärt sich aus dem im Angriff steckenden verstärkten Unrechtselement. Eigentlich sollte deshalb nur die friedbrecherische Absicht zur unbeschränkten Verteidigung berechtigen; de lege lata aber muß sie wenigstens auf den vorsätzlichen Angriff eines Zurechnungsfähigen beschränkt werden. Alle andern Fälle aber sind in Analogie des § 228 zu behandeln. — Hier schließt sich der Verfasser in weitgehendem Maße Löffler an; eigentümlicherweise wird diese ganze Argumentation vornehmlich auf das Tatbestandsmerkmal „Angriff" in § 227 gestützt, während das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs ganz unerwähnt bleibt (§ 4). Verfasser schließt mit der Feststellung, daß danach innerhalb der Selbstverteidigung das Prinzip der Unrechtsabwehr die Notwehr vom Notstande scheidet.

38. Hermann Knauer, Referendar: Über den strafrechtlichen Notstand und die Grenzen der Selbsthilfe nach Reichsstrafrecht (Breslau, 1902, 70 S.).

Im Vergleich zu den bisher betrachteten bewegt sich diese Arbeit auf einem erheblich bescheideneren Niveau, sowohl was die Art der Darstellung, als was die Verwertung der monographischen Literatur anbelangt. So ist dem Verfasser z. B. Rudolf Merkel unbekannt geblieben. Der Feststellung und Definierung der Begriffe „Notstand" und „Selbsthilfe" folgt ein kurzer geschichtlicher Überblick über die Entwickelung der Institute, an den sich die Darstellung des geltenden Rechts anschließt. Den Abschluß bildet ein Vorschlag de lege criminali ferenda. Im Einzelnen ist bei Vergleich der §§ 228 und 904 (auf S. 34) die Umkehrung der Proportion wohl richtig erkannt aber unzureichend begründet. Daß es de lege lata nicht mehr zu bestreiten sei, daß der Angriff bei der Notwehr nur von Menschen, andererseits auch von jedem Unzurechnungsfähigen ausgehen könne (S. 43, 44), ist wohl zu viel gesagt. Auch die Hineintragung des Proportionalitätsprinzips in den positivrechtlichen Notwehrbegriff (S. 45) erscheint bedenklich. Verfasser unterscheidet innerhalb des Notstandes: Notrechts-, strafrechtlich irrelevante und Notstandsexzeß-Handlungen. Die Selbsthilfehandlung wird für grundsätzlich straflos und „nicht-rechtswidrig" erklärt.

39. Julius Würzburger, Dr. jur. et rer. pol.: Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 48 der von Beling herausgegebenen „strafrechtlichen Abhandlungen". Breslau 1903 (VIII, 139 S.).

Ein Vergleich der philosophischen Auffassungen des Notstandsbegriffs seit der Carolina führt zu der Definition: „Notstand ist die Lage eines Menschen, worin nur durch eine verbotene Handlung ein gefährdetes Rechtsgut gerettet oder die Erfüllung einer Rechtspflicht

ermöglicht werden kann" (S. 13). Es folgt die Abgrenzung des Notstandes von der Notwehr: Jede Notwehrhandlung ist, insoweit sie einen Dritten tangiert, als Notstandsfall zu behandeln. Sowohl gegen Geisteskranke als auch gegen die Eigentümer angreifender Tiere und Maschinen soll Notwehr zulässig, dennoch aber die Proportionalität in Analogie des § 228 zu berücksichtigen sein (S. 1—30). Sache des Zivilrechts ist es, rechtmäßige von rechtswidrigen Handlungen abzugrenzen; das Strafrecht hat es immer nur mit der zweiten Sorte zu tun. „Die Notstandshandlung" hat deshalb für den Kriminalisten „als ein mit Strafe zu verschonendes Delikt" zu gelten (S. 37). Systematisch wäre danach wohl besser so zu disponieren gewesen, daß erst das zivilistische Notstandsrecht und darauf die Gründe der Strafloſigkeit der rechtswidrigen Notstandshandlungen abgehandelt worden wären. Nicht zum Vorteil der Darstellung und des Verständnisses hat Verfasser die umgekehrte, allerdings historisch gerechtfertigte, Reihenfolge beobachtet. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Notstandsstraflosigkeit werden ausführlich erörtert und angemessener Kritik unterzogen. Außerdem dürfe nicht etwa eine Pflicht zum Bestehen des Notstandes gegeben sein, und es habe das Bewußtsein der Notlage als ein objektives Tatbestandsmerkmal des Notstandes zu gelten (S. 31 bis 68). Die Betrachtung der Notstandsbestimmungen des B.G.B. erstreckt sich auf deren Dogmengeschichte, ihren Inhalt und ihre Voraussetzungen. Es wird ein ausgibiges Recht zur Abwehr und zur Nothilfe angenommen, zu denen die Selbsthilfe ergänzend hinzutrete. Die Streitfragen, welche sich an das Merkmal „gegenwärtige Gefahr", an die Proportion zwischen Gefahr und Schaden, an das Moment der Verschuldung und die Haftung für Schadensersatz anknüpfen, sind vom Verfasser alle eingehend berücksichtigt worden (S. 69—136.). Daß indessen eine so breit angelegte Bearbeitung des Notstandsthemas gerade einem Bedürfnis entgegen käme, kann angesichts der Hypertrophie an literarischen Erzeugnissen gleichen Schlages kaum behauptet werden. In einem Anhang sind die in Spezialgesetzen und Verordnungen sich findenden Notstandsbestimmungen zusammengestellt.

40. Erich Haag: Inwiefern sind die §§ 228 und 904 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Strafrecht von Bedeutung? Rostocker Dissertation 1901 (Berlin, Mayer & Müller, 65 S.).

Ein entwickeltes Gemeinwesen muß den Schutz des Rechts prinzipiell sich selber vorbehalten, ein Selbsthilferecht jedoch dem Einzelnen da zugestehen, wo die Umstände ein unverzügliches Eingreifen erheischen. Ein typischer Fall ist der Notstand (Einl.). Derselbe gewährt ein Notrecht, wo das gefährdete Interesse unverhältnismäßig wertvoller ist; im übrigen ist die Notstandshandlung rechtswidrig, entbehrt indessen der rechtlichen Reaktion (§ 1). Während die Strafbarkeit eines Verhaltens dessen Rechtswidrigkeit voraussetzt, folgt aus der Straflosigkeit noch nicht die Rechtmäßigkeit desselben; hierüber kann vielmehr nur das Zivilrecht entscheiden (§ 2). Daß „Menschenwille" und „Naturereignis" Ursache der Notlage sein können, hat den

Strafgesetzgeber veranlaßt, den einheitlichen Notstandsbegriff in die Tatbestände der §§ 52 und 54 zu zerreißen; demgegenüber muß die systematische Betrachtung eine einheitliche bleiben (§ 3). Auch entspricht dem Rechtsgefühl weder die Beschränkung der Abwehrbefugnis auf die Gefahr für Leib und Leben, noch anderseits die unbeschränkte Wehrhaftigkeit dieser Güter (§ 4). — Zu den Sachen im Sinne des § 228 B.G.B. rechnet der Verfasser auch die Tiere, während er gegen Unzurechnungsfähige Notwehr zulassen will. Der Geldeswert des drohenden Schadens und die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts ergeben die Größe der Gefahr. Zu ihr steht der zuzufügende Schaden schon dann außer Verhältnis, wenn er ihr gleichkommt. Schadensersatz hat, auch im Falle der Nothilfe von Seiten eines dritten, der zu leisten, der den Notstand verschuldet hat (§ 5). § 904 B.G.B. gibt ein Recht zum Notangriff im eigenen wie im fremden Interesse. Ersatzpflichtig ist allemal der Gefährdete, nicht der Nothelfer. Die Proportion zwischen drohendem und entstehendem Schaden hält Verfasser in beiden Paragraphen für die gleiche (§ 6). In der Relativität der den Notstand bedingenden Momente sieht Verfasser eine Schwäche des Gesetzes nicht, wohl aber auch hier in der Zerreißung des einheitlichen Begriffs und der schwankenden Regelung der Ersatzpflicht (§ 7). Zum Schlusse wird das Ineinandergreifen der bürgerlichen Bestimmungen übersichtlich dargelegt (§ 8) und ein Gesetzesvorschlag angefügt.

41. Hans Baumann, Rechtspraktikant: Die Notstandsbestimmungen des B.G.B. in ihren Beziehungen zum Strafgesetzbuch. Münchener Dissertation (Bamberg, 1902) (80 S.).

Nach einer generellen Begriffsbestimmung des Notstandes werden zunächst die sattsam bekannten Mängel des strafrechtlichen Notstandsbegriffs dargelegt, ohne daß wesentlich neue Gesichtspunkte dabei zu Tage träten. Stärker subjektiv gefärbt ist die folgende Beurteilung der Notstandsbestimmungen des B.G.B. Verf. sieht im Tatbestand des § 228 eine Verschmelzung von Notwehr- und Notstandselementen, was er indessen mehr aus der Überschrift „Selbstverteidigung" und aus den Materialien, als aus der Fassung des Gesetzes zu schließen scheint. Dafür verkennt er das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der §§ 228 und 904: „Wieso dadurch, daß die gefahrdrohende Sache selbst verletzt wird, nicht in den Rechtskreis eines unbeteiligten Dritten eingegriffen wird, können wir uns nicht recht vorstellen" (S. 33), worauf man geneigt wäre mit der Frage zu antworten, wo denn eigentlich der „Zweite" steckt? So macht ihm denn auch die Begründung der verschiedenen Behandlung des Verhältnisses zwischen drohendem und entstehendem Schaden „die größten Schwierigkeiten" (S. 42). Befriedigender wirkt die Beantwortung der prinzipiellen Frage, mit welchem Maßstabe das überwiegende Interesse eigentlich zu messen sei? (S. 57 ff.) Gut wird auch der durch das B.G.B. geschaffene Rechtszustand dahin präzisiert: „Ausschluß der Notwehr auf seiten des Besitzenden, Gestattung der Notwehr gegen

den widerstrebenden Eigentümer, Erlaubnis zur Selbsthilfe gegen den untätig verharrenden und Gewährung der Nothilfe zu Gunsten des Bedrohten jedem Hilfsbereiten gegenüber, das sind die Waffen, mit denen das Gesetz sein junges Geschöpf, das neue Notrecht, ausstattet" (S. 67). „Endlich die Verschuldung übt auf die Rechtmäßigkeit der Notstandtat keinen Einfluß" (S. 79). — Die Literatur ist vom Verfasser fleißig verwertet worden.

42. Josef Münz, Dr. jur.: Die Voraussetzungen und die Wirkungen der Notwehr des Notstandes und der Nothilfe im Bürgerlichen Gesetzbuch und ihre Unterschiede. 1903 (München, Th. Ackermann; VI, 56 S.).

Auf eine Darstellung der Selbstverteidigung in ihren verschiedenen Äußerungsformen, aber unter Ausschluß der eigentlichen Selbsthilfe und unter Beschränkung auf das bürgerliche Recht hat es der Verfasser abgesehen. Er beginnt mit einem historischen Abriß der Entwicklung des Instituts von den Zeiten des römischen, germanischen und kanonischen Rechts hindurch durch die strafrechtlichen und zivilrechtlichen Kodifikationen des Reichs- und Landesrechts bis zu den Wandlungen der Bestimmungen in den verschiedenen Entwürfen des B.G.B. (§§ 1—7). Der dogmatische Teil wird dahin disponiert, daß zunächst die Voraussetzungen und sodann die Wirkungen der Selbstverteidigung beschrieben und jedesmal die drei Arten derselben: Notwehr, Notstand und Nothilfe in betracht gezogen werden (§§ 8—14). Im einzelnen ist von des Verfassers Ansichten von Interesse, daß der rechtswidrige Angriff nicht Schuldfähigkeit, wohl aber Rechtsfähigkeit voraussetzt, daß er gegen ein Rechtsgut gerichtet sein muß, daß die Verteidigungshandlung nicht einen Dritten verletzen darf. „Durch die Sache" droht mir dann Gefahr, wenn die Quelle der Gefahr in der Sache selbst liegt; im Gegensatz zur Notwehr darf das Notstandsrecht nur subsidiär geübt werden. Auch das Nothilferecht gilt nur subsidiär; und hinsichtlich der Proportionalität ist die Anforderung des § 904 strenger als im § 228. — Die Notwehrlage läßt die Rechtswidrigkeit und grundsätzlich auch die Schadensersatzpflicht entfallen; bei verschuldetem Notstand tritt dagegen Schadenshaftung ein, ohne daß doch ein rechtswidriges Verhalten vorläge; dieses Verschulden muß auf die Gefahr bezogen werden; es muß endlich beim Täter selber vorliegen. Auch zur Nothilfe besteht ein positives Recht. Die Ersatzberechtigung des Dritten erscheint hier „als Korrelat der Duldungspflicht"; primär haftbar ist der Handelnde. Gegen keine Art der Selbstverteidigungspflicht endlich ist Notwehr zulässig. — Im Ganzen behandelt Verfasser sein Thema in klarer, angemessener Weise, ohne daß auch hier wesentlich neue Momente beigebracht worden wären.

43. Georg Bauer, Dr. jur.: Der strafrechtliche Notstand mit besonderer Berücksichtigung des Notstandes des Bürgerlichen Gesetzbuches und seines Einflusses auf das Strafrecht. (Würzburg 1902) (58 S.)

Der Mangel individueller Auffassung und neuer fruchtbarer Gesichtspunkte macht sich bei dieser an sich fleißigen Arbeit besonders fühlbar. Auch sie beginnt mit einer Darstellung der historischen Entwicklung der Notstandsmaterie, an welche sich der dogmatische Teil anschließt. Auch hier werden erst die Voraussetzungen und darauf die Wirkungen der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen abgehandelt, welchen zum Schlusse die abweichende Regelung des Instituts im Strafgesetzbuch gegenübergestellt wird. Der accessorische Charakter des Strafrechts wird mehrfach nachdrücklich betont, wie denn überhaupt Wiederholungen des schon einmal Gesagten vorkommen. Es ist aber das subsidiäre Verhältnis des § 54 Str.G.B. zu den §§ 228, 904 B.G.B. (auf S. 46) anschaulich entwickelt. Der ästhetische Eindruck der Arbeit leidet nebenbei gesagt unter dem nicht immer ganz korrekten Deutsch und dem sehr flüchtigen Druck.

44. Otto Simon, Referendar: Notwehr, Notstand und Selbsthilfe nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Marburger Dissertation. (Frankfurt a. M. 1903; 81 S.)

Nacheinander behandelt der Verfasser die Institute der Notwehr (S. 1—40), des Notstandes (S. 41—67) und der Selbsthilfe (S. 68—81), wobei wieder jedesmal erst die Voraussetzungen und sodann die Wirkungen in Betracht gezogen werden. Bei Auslegung des Merkmals „gegenwärtig" wird namentlich auf die Abgrenzung der Notwehr von der Selbsthilfe und von der Abwehr verbotener Eigenmacht (§§ 229 und 859 [2]) Bedacht genommen, hinsichtlich des Erfordernisses eines „rechtswidrigen Angriffs" erörtert, ob derselbe durch Zurechnungsunfähigkeit, Einwilligung, bona fides oder Beamtenqualität ausgeschlossen wird. Bei Besprechung des § 904 macht Verf. namentlich auf die weittragende Bedeutung des darin gewährten Notrechts aufmerksam. Die Fragen der Rechtmäßigkeit und des Schadensersatzes werden überall scharf auseinander gehalten. Weniger richtig wird das Verhältnis des zivilrechtlichen zum strafrechtlichen Notstandsbegriff gezeichnet (s. S. 64). Endlich wird der § 229 zunächst positiv nach seinen Merkmalen: Bestehen des Anspruchs, Fehlen obrigkeitlicher Hilfe, Gefahr der Vereitelung, und sodann negativ nach seiten der Tatbestände der §§ 230, 231 abgegrenzt; auf diesem weniger intensiv kultivierten Boden ergibt sich müheloser eine zulängliche Ausbeute.

45. O. v. Alberti, A. A. und Hilfsrichter in Freudenstadt: Gefährdung durch überlegene Gewalt (Notstand). 1903 (Stuttgart, Kohlhammer, 63 S.).

Unter Verwertung des den Begriff der „höheren Gewalt" charakterisierenden Merkmals definiert Verfasser den „Notstand" als „diejenige gegenwärtige erhebliche Gefahrlage für ein rechtlich geschütztes Interesse, welche durch die tatsächlichen Mittel der eignen, nicht wegen der Not vermehrten Rechtssphäre des rechtlich Interessierten allein nicht beseitigt werden kann" (S. 9). Hiermit soll gleichzeitig die Ab-

grenzung gegen die Notwehr gegeben sein, welche Erforderlichkeit (und damit Möglichkeit) der Verteidigung voraussetze. Aus solchem Grunde scheidet denn auch § 228, als „Notwehrrecht behandelnd", aus der Betrachtung aus, wogegen §§ 229—231, als „mindestens Notstandslagen mitdeckend" einbezogen werden. Eingehende Behandlung erfährt § 904, gegen dessen weite Fassung einige beachtliche Argumente vorgebracht werden (S. 37 f.). Auch bezüglich der strafrechtlichen Folgen wird (in § 11) der Leser auf manche abseits liegende Einzelheit aufmerksam gemacht. — Die Originalität der Auffassung und Behandlung des Stoffs, die den Schriften des Verfassers generell eignet, wirkt jedenfalls anregend, wenn auch nicht in gleichem Maße überzeugend.

46. Leo Ahsbahs, Dr. jur.: Die Grundlinien des Notwehrrechts. Ein Beitrag zur Revision der Notwehrlehre. Kiel, 1903. (65 S.)

Die absolute Notwehrbefugnis des § 227 macht es notwendig, das Einschränkungsprinzip des § 228 analog auf ohne Willen tätig werdende Personen auszudehnen und den schuldhaften Angriff zum Begriffsmerkmal der Notwehr zu erheben. — Die Disharmonie zwischen § 227 und § 228 ist zu Unrecht lediglich der Fassung des letztern zur Last gelegt worden; vielmehr geben die geltenden Notwehrbestimmungen gerade in ihren Kernpunkten zu großen Bedenken Veranlassung: die Postulate des rechtswidrigen Angriffs und des gegenwärtigen Angriffs sind unhaltbar. Die Notwehr ist als Folge der Gefährdung eines Rechts in seinem äußeren Bestande zu denken: unter diesem Gesichtspunkte gehören die § 227, 228 zusammen, während ihnen gegenüber § 904 den eigentlichen Notstand behandelt. Folgerichtige Durchführung der Gefährdungstheorie läßt das besondere Institut des Besitzselbstschutzes (§ 859) überflüssig erscheinen; dasselbe leidet de lege lata außerdem an dem Mangel, nur dem unmittelbaren Besitzer zuzustehen. Auch Unterlassungen gegenüber versagt die Angriffstheorie. Die negative, schuldausschließende Funktion der Notwehr ist der positiven, rechtsgewährenden nicht kongruent; neben den zivilrechtlichen Bestimmungen haben deshalb die strafrechtlichen ihren Platz zu behaupten. „Das Zivilrecht hat nur innerhalb des im Strafrecht festgelegten Notwehrbegriffs die engere Schranke der Notwehrberechtigung aufzustellen" (S. 56). Diese Schranke bietet das im § 228 enthaltene Prinzip der Verhältnismäßigkeit, welches in gleicher Weise für den Bereich der Notwehr gelten sollte, sodaß „mißbräuchliche Notwehr stets unerlaubt wäre". Es gilt das Notwehrrecht ethisch zu vertiefen. — Die Monographie bietet manchen beachtlichen Gedanken; aber es muß am Schlusse der ganzen Reihe von Abhandlungen über die Notwehrmaterie ausgesprochen werden, daß die ungeheure Masse des in letzter Zeit gelieferten literarischen Materials nicht eine gleichmäßige wissenschaftliche Förderung bedeutet. Es ist beinahe zu einer Art Sport

geworden, sich einmal ad vocem Notwehr und Notstand geäußert zu haben.

47. Karl Klee, Dr. jur., Gerichtsassessor: Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. In: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, 1901/02. Bd. 48, S. 177—207; 337—349; 49, S. 246ff.; 50, S. 364—385.

Den Ausgangspunkt für die Deduktionen des Verfassers bildet die Unterscheidung physischer und ethischer Verletzung. „Strafrechtliche Verletzung ist Verletzung eines Willens durch einen andern Willen (S. 179). Selbstverletzung aber ist Verneinung des eignen, Verletzung des Einwilligenden ist Bejahung des fremden Willens. Darum sind beide Verletzungen strafrechtlich irrelevant, lösen auch kein Bedürfnis nach Strafe aus. Denn die Strafe, aus der Privatrache hervorgewachsen, bezweckt Genugtuung für erlittenes seelisches Leid" (Kap. 1). „Für die Strafbarkeit der Selbstverletzung muß die Verletzung einer bestimmten bezeichenbaren Verbindlichkeit gefordert werden" (S. 183). „Das abstrakte Staatsinteresse ist kein Rechtsgrund für die Strafe der Selbstverletzung" (S. 187). Diese Sätze finden ihre Erläuterung an einem nicht uninteressanten Exkurse über das Verhältnis des Individuums zu Staat und Gesellschaft (Kap. 2). An der Hand der ausgibig verarbeiteten Literatur erfahren nun die darin vertretenen Auffassungen über Wesen und Bedeutung der Einwilligung ablehnende Beurteilung. So in erster Linie die Unterscheidung veräußerlicher und unveräußerlicher Rechte: „Von dem Rechte, das mit uns geboren ward, kann nicht die Rede sein" (S. 197). Überhaupt müsse das Mißverständnis vermieden werden, als handle es sich bei der Einwilligung um ein Analogon des zivilrechtlichen Vertrages. Falsch sei es auch, trotz fehlender Interessenverletzung von objektiver Rechtsverletzung zu reden, da jene die begriffliche Voraussetzung dieser sei. Endlich sei eine Parallele zwischen Einwilligung und Verzeihung, die sich etwa in der Nichtstellung des Antrags äußere, durchaus unzulässig. Denn der Mangel des Antrags bewirke zwar Straflosigkeit der Verletzung, die Einwilligung aber lasse es von vornherein gar nicht zur Verletzung kommen (Kap. 3). „Erst durch den rechtswidrigen Angriff entsteht die Rechtsgutsqualität der im übrigen als Lebensgüter existierenden Eigenschaften" (S. 338). Dieser Angriff aber muß auf den Willen erfolgen; denn „Verletzen ist Übersteigen der Willensschranke". Wo kein Wille entgegensteht, wird kein Rechtsgut verletzt; somit gehört das „invito laeso" zum Tatbestande jedweden Delikts. Als „laesus" gilt derjenige, „dessen Wille vor der Verneinung durch einen fremden Willen bewahrt werden sollte" (S. 342). Befugt zur Einwilligung ist, wer die zur Erkenntnis ihrer Tragweite erforderliche Einsicht besaß, wobei namentlich die Frage der gesetzlichen Vertretung eine Rolle spielt. Nur die dem Täter gegenüber abgegebene Einwilligungserklärung ist rechtswirksam, ohne daß doch der Täter von der Einwilligung unterrichtet zu sein braucht. Die Frage, worin eingewilligt sein müsse, will Verfasser restriktiv beantwortet wissen. Dagegen lehnt

er ab die Forderung von Heß, der Wille müsse ein vernünftiger gewesen sein; auch der unvernünftige Wille sei zu respektieren; auch er schließe die Möglichkeit einer Verletzung aus. Als letzte Bedingung der Wirksamkeit der Einwilligung wird deren Fortdauer im Augenblick der Tat hervorgehoben (Kap. 4). Beihilfe zur Selbstverletzung ist wesensgleich mit Verletzung eines Einwilligenden; Anstiftung zur Selbstverletzung aber ist strafbar, wenn sie eine Verneinung fremden Willens enthält (Kap. 5).

De lege lata ist die Selbstverletzung als solche ausnahmslos straflos, strafbar dagegen in einzelnen Fällen die damit verbundene Verletzung eines aliud. — Auch die Strafbestimmung des § 142[2] bedeutet keine Durchbrechung des Prinzips „volenti non fit injuria"; denn laesus ist hier nicht der einwilligende Verstümmelte, sondern „das militärische Bedürfnis". Dagegen steht in der Tat der § 216 im Widerspruch zu diesem Prinzip; er soll indessen in der folgenden Erwägung seine Rechtfertigung finden: „Wäre die Tötung auf Verlangen unter allen Umständen straflos, so wäre die Gefahr vorhanden, daß sich der gemeine Mörder mit Erfolg auf den angeblichen Willen des Getöteten berufe." Dagegen wird eine in mehrfacher Hinsicht veränderte Fassung der gesetzlichen Bestimmung vorgeschlagen. Von entscheidender Bedeutung ist die jedesmalige Feststellung des laesus; ist die betreffende Norm zum Schutze eines Einzelnen ergangen, so ist die Einwilligung dieses Einzelnen rechtswirksam; steht die Norm im Dienste eines abstrakten Interesses, so ist eine rechtswirksame Einwilligung undenkbar; doch kann hier einer Behörde die Einwilligungsbefugnis zustehen. Nach solcher Methode werden die einzelnen Deliktstatbestände in angemessener Weise gruppiert; eine scheinbare Ausnahme bilden dabei diejenigen Normen, welche die Ausbeutung eines Abhängigkeitsverhältnisses gerade auch dann unter Strafe stellen, wenn eine äußere Einwilligung vorliegt (Kap. 6). Mit der richtigen Erkenntnis der Grenzen der Wirksamkeit des Staates ist die richtige Handhabung des Prinzips „volenti non fit injuria" gegeben. (Kap. 7.)

48. Heinrich Fritsch: Die Bedeutung der Einwilligung des Patienten zur Operation. In: Die Krankenpflege, Monatsschrift für die gesamten Zweige der Krankenbehandlung in Wissenschaft und Praxis, Bd. II, Heft 2 (1902/03) (S. 97—105).

Verfasser, ein praktischer Arzt, der auf eine über zwanzigjährige gerichtsärztliche Tätigkeit zurückblickt, weist eingangs hin auf die Fortschritte der chirurgischen Wissenschaft und die Verantwortung, die mit diesem Beruf verknüpft sei. Peinlich berühre es deshalb, wenn der Richter sich zum Rächer der medizinisch mißhandelten Menschheit aufwerfe und das Gesetz die ärztlichen Eingriffe den Körperverletzungen unterwerfe. Wie der Jurist auch von seinem Standpunkt aus den Strafausschluß konstruieren möge, „Tatsache ist, daß ein angemessener ärztlicher Eingriff niemals Körperletzung sein kann". Nicht etwa kann

die Einwilliguug als Hauptgrund der Strafloſigkeit angeſehen werden. Zwar: „Jeder humane Arzt wird anerkennen, daß der Patient ein Recht hat, zu wiſſen, was mit ihm vorgenommen werden ſoll"; „verweigert der Patient ſtrikte und direkt ſeine Einwilligung, ſo iſt ein Zwang ganz unmöglich". Indeſſen: „wollte man zum Geſetz erheben, daß in jedem einzelnen Falle die formelle Einwilligung zu jeder Operation notwendig ſei, ſo würden die Patienten dabei am ſchlechteſten fahren". So iſt für die Ärzte die Einholung der Einwilligung eine „ethiſche Forderung".

49. Dührſſen, Prof. Dr.: Strafgeſetzbuch und ärztliche Operationen. In: Die Mediziniſche Woche, 1902, Nr. 50/51, (S. 1—13).

Den „ſtrafrechtlichen Notſtand des Arztes" führt Verfaſſer auf einen zwiefachen Geſetzesmangel zurück. Einmal darauf, daß „unſer veraltetes Strafgeſetzbuch keine beſondern Paragraphen über ärztliche Operationen und deren ſtrafrechtliche Beurteilung beſitzt", zum andern auf die bedenkliche Beſtimmung des § 255 St.P.O. Hier ſei in Abſ. 1 das Prinzip der Mündlichkeit durch die Zulaſſung der Verleſung ärztlicher Gutachten durchbrochen und in Abſ. 2 die vom Gericht für erforderlich erachtete mündliche Vertretung des Gutachtens in das Belieben der zuſtändigen Behörde geſtellt worden. Im Anſchluß an die diesbezüglichen Verhandlungen des Abgeordnetenhauſes vom 18. II. 1902, welche Verfaſſer in extenso zum Abdruck bringt, beleuchtet er die dadurch bedingten Mißſtände und Gefahren für den beſchuldigten Arzt. Seine Forderungen an die Reform des materiellen Rechts laſſen ſich dahin präziſieren: 1. Bei Angemeſſenheit der Operation: Schutz des Arztes vor ſtrafrechtlicher Verfolgung; die Frage der Angemeſſenheit ſoll alſo ſchon vor Erhebung der Anklage entſchieden ſein. 2. Bei mangelnder Angemeſſenheit: keine Strafverfolgung, wenn kein Schaden entſtanden. 3. Statuierung der Befugnis zu einer indizierten Perforation. 4 Bona fides des Arztes erſetzt die Einwilligung. — Der Name des Verfaſſers bürgt für die Zuverläſſigkeit ſeiner Ausführungen in mediziniſcher Hinſicht. Seine Entrüſtung über die juriſtiſche Konſtruktion der Operation als berechtigter Körperverletzung wird der Juriſt freilich nicht teilen. Beachtung fordert der ſchon erwähnte Hinweis darauf, daß auch das mit Freiſpruch endende Strafverfahren dem Arzt die Kundſchaft entzieht und deshalb deſſen Schutz gegen frivole Verfolgung gefordert werden muß. Ob aber die Theſen des Verfaſſers mit dem erforderlichen Schutz der Rechtsordnung vereinbar ſind, erſcheint zweifelhaft.

50. Albert Behr, Dr. jur., Rechtspraktikant in München: Medizin und Strafrecht. Im „Gerichtsſaal" Bd. 62 (1903, S. 400—424).

Der Aufſatz enthält in ſeinem erſten Teile eine Wiederholung der in der hier (Bd. XXIII S. 610 f.) bereits beſprochenen Monographie des Verfaſſers entwickelten Gedankengänge. Nach Ablehnung

aller abweichenden Theorien formuliert derselbe seine Auffassung dahin: „Rechtsquelle für den Strafausschließungsgrund ist das Gewohnheitsrecht. Strafausschließungsgrund ist die Befolgung der ärztlichen Norm.“ Die genaue Übereinstimmung dieser Konstruktion mit derjenigen Richard Schmidts hätte wohl der Hervorhebung bedurft. — Der zweite Teil bezweckt, den Rosenbergschen Lösungsversuch (Vgl. Bd. XXIII S. 612) ad absurdum zu führen. Der Zweck ist erreicht; freilich hätte dazu wohl auch ein geringerer Apparat ausgereicht.

51. Paul Bauer, Dr. jur.: Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. In: Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft (Jahrgang 1902, Nr. 12) (S. 886—902).

Die Frage nach der Verbindlichkeit der Befehle ist immer nur vom staatsrechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet worden; hier soll die privatrechtliche Seite erörtert werden. Die bisherigen Lösungsversuche lassen namentlich die Frage offen, wann dem Untergebenen ein Prüfungsrecht zusteht. Niemals besteht die Verpflichtung, eine als solche erkannte Rechtswidrigkeit zu begehen, auch im Militärrecht nicht. „Soweit der Untergebene nicht klar erkennen kann, daß ihm eine rechtswidrige Handlung zugemutet wird, ist er zur Vollziehung des ihm erteilten Befehls verpflichtet.“ „Wer in die Lage kommt, einen Befehl ausführen zu sollen, der die Verletzung rechtlich geschützter Interessen zum Gegenstande hat, muß lediglich prüfen, ob dem Befehlenden die Befugnis zum Eingriff in das betreffende Privatrecht allgemein zusteht und ob die Ausführung derartiger Befehle zu seinen Pflichten gehört; die Verantwortung dafür, ob die materiellen Voraussetzungen der Rechtsverletzung im konkreten Fall vorliegen, trifft allein den Befehlenden.“ Wo kein Zweifel an der Rechtswidrigkeit besteht, trifft den Gehorchenden volle Verantwortlichkeit. Dies wird nun angewandt auf Eltern und Dienstherrschaften, auf das Verhältnis von Schiffer und Schiffmann, von Staat und Untertan. Hier geht das Prüfungsrecht des Beamten gegenüber der Behörde weiter als das des Privaten gegenüber dem Beamten; nicht aber besteht eine materielle Prüfungspflicht. Am wichtigsten ist die Subordination im militärischen Verhältnis. Aber auch hier darf der Untergebene dem Befehl nicht gehorchen, wenn ihm positiv bekannt ist, daß derselbe eine Rechtsverletzung bezweckt. — Bedenklich ist es, wenn Verfasser aus den gesetzlichen Redewendungen: „amtliche Handlung“, „Befehl in Dienstsachen“, deduziert, daß damit niemals eine strafbare Handlung gemeint sein könne. Auf die juristische Konstruktion des Strafausschlusses geht Verf. absichtlich nicht ein; als Quelle desselben wird § 59 erachtet.

VIII. Versuch.

52. Die Literatur über den untauglichen Versuch ist durch ein umfangreiches Werk von Ernst Delaquis[33]) bereichert worden. Der erste Teil (S. 9–52) enthält ein Referat über die Entwicklung der Versuchsbestimmungen in den Schweizerischen Entwürfen (deren der Verfasser fünf unterscheidet: S. XV—XXXI). Im zweiten Teile sucht er den de lege ferenda richtigen Standpunkt zu ermitteln (S. 52 bis 242). Die Dogmengeschichte des u. V., welche erst mit Feuerbach anhebt (S. 53—63), zeigt beginnend mit objektivistischen Theorieen, welche die Strafbarkeit des Versuchs von seiner Tatseite, der Gefährlichkeit der Tat, Gefährlichkeit für ein bestimmtes Rechtsgut, abhängig machen, und endend mit subjektivistischen Theorien, nach welchen die Strafbarkeit des Versuchs durch seine Willensseite, die Gefährlichkeit des Täters, Gefährlichkeit für die Rechtsordnung überhaupt, bestimmt wird, eine Tendenz zur Ausdehnung der Strafbarkeit des Versuchs. Die älteren Franzosen erklären jeden in concreto ungefährlichen (das heißt strenggenommen: jeden), Feuerbach nur den in abstracto ungefährlichen Versuch für untauglich und straflos und Mittermaier erachtet zwar mit den Franzosen jeden Versuch für in concreto ungefährlich, relativ untauglich, aber mit Feuerbach nur den auch in abstracto ungefährlichen, absolut untauglichen Versuch für straflos (S. 63—82). Subjektive Momente werden diesen objektiven Theorien in den gemischten Theorien Kohlers, Klees und v. Liszts zugesetzt v. Liszt verlangt zur Strafbarkeit des Versuchs außer der Gefährlichkeit der Tat Gefährlichkeit des Täters (S. 121—125). Kohler stellt neben dem subjektivistischen Erfordernisse der Gefährlichkeit des Täters für die Rechtsordnung, die schon mit dem Vorhandensein des deliktischen Plans gegeben ist, noch das objektivistische der Tauglichkeit zwar nicht der Tat, wohl aber des Plans, seiner Übereinstimmung mit dem Naturkausalismus, auf (S. 94 bis 103). Klee nimmt daneben das weitere objektive Erfordernis der Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts wieder auf und wird dadurch zu der kriminalpolitisch unannehmbaren Konsequenz gedrängt, den Versuch am nicht vorhandenen oder nicht existierenden Objekt straflos zu lassen (S. 103—111). Der Verfasser verteidigt die objektiven und die gemischten Theorien zwar gegen die Leugnung der allgemeingültigen Feststellbarkeit der Gefahr seitens v. Buris, durch die Replik, daß davon freilich nicht bei rein konkreter, wohl aber bei genereller Betrachtung die Rede sein könne (S. 82–86), gibt aber zu, daß infolge der Unmöglichkeit der Angabe eines bestimmten Maßes für die Generalisierung bei der Feststellung der Gefährlichkeit der Willkür zu viel Raum bleibe (S. 86—90, 93—94), und vermißt

[33]) Ernst Delaquis, Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung (Abh. d. krim. Seminars a. d. Universität Berlin, her. v. F. v. Liszt, N. F. Bd. III, Berlin (J. Guttentag) 1904 XXXI u. 344 S. 8°.

vor allem jegliche kriminalpolitische Begründung des objektiven Erfordernisses der Gefährlichkeit der Tat für ein Rechtsgut und der Tauglichkeit des Plans (S. 100—103, 138). Kriminalpolitisch begründen läßt sich auch nur eine subjektive Theorie. Man straft den Versuch wegen des durch ihn aufgedeckten deliktischen Willens: einen deliktischen Willen deckt aber auch der untaugliche Versuch auf, und es folgt aus jenem Satze deshalb, daß auch er stets strafbar sei. Aus ihm würde aber geschlossen werden müssen, daß der bloße Wille und die Vorbereitungshandlung einerseits, die Vollendung andererseits ganz wie der Versuch, und daß alle Versuche, ob nun im ersten oder im letzten Stadium der Ausführung, ob nun untauglich oder tauglich, untereinander völlig gleich zu bestrafen seien (S. 143—152, 189—202). Lammasch, welcher gleich dem Verfasser aus dem Zwecke der Strafe diese Folgerungen zieht, glaubt, daß hier eine andere aus dem Grunde der Strafe hergeleitete Gedankenreihe korrigierend eingreife: Strafgrund ist die Verwirklichung des Vorsatzes, d. i. die Vollendung oder der beendigte Versuch, infolgedessen ist bloßer Wille und Vorbereitung nicht zu bestrafen; der unbeendigte Versuch dagegen ist zu bestrafen infolge einer Vermutung der Perfektionskraft, milder zu bestrafen aber deshalb, weil die Perfektionskraft nur vermutet wird (S 152—162). Verfasser verwirft diese Auffassung der Versuchsstrafe als Verdachtsstrafe (S. 164) und gibt seinerseits zu, daß jegliche Begründung der höheren Strafbarkeit der Vollendung, der verschiedenen Strafbarkeit verschiedener Versuchsgrade und der Strafloſigkeit des bloßen Willens und der Vorbereitung auf kriminalpolitischer, subjektivischer Grundlage unmöglich ist, daß aber diese Bestimmungen von den im Volke herrschenden Werturteilen gefordert würden, und daß die richtige Anschauung nicht ohne ein dreifaches Kompromiß mit dieser herrschenden Anschauung verwirklicht werden könne (S. 202—205). Erstens: Den Werturteilen des Volkes ist darin nachzugeben, daß zum Versuche nicht nur bloßer Wille, sondern nach v. Buris Vorgang objektivierter Wille gefordert wird. Damit scheiden die meisten Vorbereitungshandlungen aus dem Versuchsbegriff aus (S. 206—211). Zweitens: Den Werturteilen des Volkes ist weiter darin nachzugeben, daß die Vollendung schwerer als der Versuch, der für die Rechtsordnung gefährlichere Versuch schwerer als der minder gefährliche zu bestrafen ist (S 211—219). Da der untaugliche Versuch für die Rechtsordnung meist weniger gefährlich ist als der taugliche, wird er also meist milder als der taugliche zu bestrafen sein (S. 219—222). Es gibt nun aber Fälle des untauglichen Versuchs, für welche die Werturteile des Volkes Strafloſigkeit verlangen, z B. das Totbeten. Der Verfasser fordert deshalb drittens im Anschluß an das russische Str.G.B. Strafloſigkeit für aus „rohem Aberglauben" oder „grober Unwissenheit" vorgenommene Handlungen (S. 222—229). — Ein Anhang zum zweiten Teile der Arbeit bietet eine sorgfältige Klassifikation nicht nur der in Deutschland, sondern auch der im Auslande hervorgetretenen Ansichten

über den untauglichen Versuch (S. 243—289). — Wertvolle beiläufige Ausführungen des zweiten Teils über das fehlgeschlagene Verbrechen (S. 134—137, 232—237), den Mangel am Tatbestande (S. 112—119) und v. Liszts doppelten Vorsatzbegriff (S. 126—134) können hier nur erwähnt werden. — Der dritte Teil enthält eine Kritik der „im großen und ganzen zweckmäßigen und zufriedenstellenden" Versuchsbestimmungen der schweizerischen Entwürfe (S. 290 bis 320, 324—331) und einen eigenen Gesetzesvorschlag (S. 320—323). — Die Arbeit wird durch die überaus sorgfältige Literaturbenutzung und die tiefgehende Kritik künftigen Bearbeitern der Lehre große Dienste leisten.

IX. Einheit und Mehrheit der Verbrechen.

53. Die Stellung des § 49a im System des St.G.B. wird von Haeger[34]) untersucht. In den allgemeinen Teil gehöre § 49a nicht: er regle keinen Unterfall der Anstiftung, überhaupt keine Teilnahmehandlung, sondern treffe Spezialbestimmungen für einzelne besondere Fälle (S. 1—44). Seine Einordnung in den besonderen Teil biete ebenfalls noch nicht gelöste Schwierigkeiten. Die herrschende Lehre nehme Spezialität des § 49a zu den §§ 85, 111, 159, dagegen Idealkonkurrenz mit § 333 an. Das sei, wie Verfasser treffend ausführt, inkonsequent. Konsequent sei zwar Frank, der wegen des Passus in § 49a: „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht", diesen Pharagraph stets für subsidiär hält. Dieser Zusatz aber sei im Reichstag von allen Seiten — der Nachweis (S. 58 Anm. 1) ist interessant, seine beweisende Kraft freilich anfechtbar — als rein redaktionell angesehen worden. Verfasser hält auch den § 333 für spezieller als § 49a, sodaß die Frage nach der Subsidiarität des § 49a, m. a. W. nach der Bedeutung jenes zitierten Nebensatzes, ohne Interesse sei. Ich halte die Entscheidung für richtig, den Weg aber, auf dem Verfasser zu ihr gelangt, nicht für so neu, wie er annimmt: wir sollten zwei Tatbestände nicht abstrakt, sondern mit Rücksicht auf eine konkrete Handlung mit einander vergleichen. Das tut aber, soweit es möglich, die herrschende Lehre m. E. schon jetzt, wenn auch ihr Resultat bei §§ 49a—333 anfechtbar sein mag. Und wenn Verfasser weiter gegen die herrschende Lehre ausführt, daß die Fälle der Subsidiarität keine Gesetzeskonkurrenz, sondern Idealkonkurrenz darstellen, so dürfte auch darin keine Abweichung von der herrschenden Lehre liegen: der äußeren Erscheinung nach sind es Fälle der Idealkonkurrenz, die aber wie Gesetzeskonkurrenz zu behandeln sind. Ob wir jene Erscheinung oder diese Behandlung zum oberen Einteilungsprinzip nehmen, ist doch wohl gleichgültig.

---

[34]) Haeger (Referendar), Die Stellung des § 49a im System des R.St.G.B. In: Abh des Krim. Sem., N. F. II. Bd., 5. Heft. Berlin, Guttentag, 1903 (86 Seiten).

X. Strafe.

54. Die Verurteilung zu Geldstrafe erzeugt, wie Kohler ausführt,[35]) keinen obligationsrechtlichen „Anspruch" des Staats gegen den Verurteilten; das widerspricht dem Wesen der Strafe. Deshalb ist § 30 St.G.B. prinzipwidrig. Deshalb kann es keine Bürgschaft für die Geldstrafe geben. Deshalb ist Begnadigung nicht „Schenkung". Deshalb kann es niemals strafbarer „Betrug" sein, „wenn der Schuldige durch Täuschung sich aus der Strafe herauszuwinden sucht und dadurch bewirkt, daß der Staat die Strafsumme verliert und er keine Strafe zahlt". Deshalb auch können, wie Verfasser gegen das R.Ger. ausführt, die §§ 268, 274, 348 f. St.G.B. in entsprechenden Fällen nicht angewendet werden.

55. Oberlandesgerichtsrat Schmölder fordert in einem Vortrag[36]) de lege ferenda ausgedehntere Anwendung der Geldstrafe und rationellere Anpassung an die Straftat. „Der Geldstrafe gebührt die ausschließliche Herrschaft bei den geringfügigsten Straftaten. Außerdem ist sie neben der Freiheitsstrafe anzudrohen, und zwar wahlweise bei den mittleren Straftaten, häufungsweise bei den mittleren und schweren Straftaten, hier jedoch in der Beschränkung auf Rechtsbrecher, deren Einnahmen ganz oder überwiegend aus Kapitalbesitz fließen." Beseitigung aller zivilrechtlichen Anklänge, Abtragung in Raten, Anpassung an das Vermögen des Delinquenten (aber nur bei solchen, die mehr als ein gesetzlich zu fixierendes Einkommen haben, und nicht bei Übertretungen), nachträgliche Herabsetzung durch das Gericht bei Verarmung des Täters, Einführung des Lohnarrestes als Zwangsmittel, Ausschließung der politischen Wahlrechte vor Entrechtung der Strafe — das sind die Reformvorschläge, von deren Annahme der Verfasser hofft, daß sie die Substituierung einer Freiheitsstrafe überflüssig machen würde.

XI. Verwaltungsstrafrecht.

56. 57. Wenn heut noch die Grenzgebiete zwischen Zivilrecht und Zivilprozeß, zwischen Zivilrecht und Strafrecht nur spärlich bebaut sind, so ist es nicht verwunderlich, wenn für das Grenzgebiet zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht kaum die erste Scholle umgestürzt ist. Handelt es sich dort um alte Disziplinen mit einem festen Besitzstande und einer darum meist erkennbaren Grenze, so hat hier der junge Zweig der Verwaltungsrechtswissenschaft um den gebührenden Besitzstand erst zu ringen: an den festen Kern gliedern sich nur allmählich andern Fächern abgewonnene Materien, und weiter vom Kerne entfernt beginnen die Grenzen zu zerfließen. Einem

---

[35]) J. Kohler, Geldstrafe. In: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 49 (1903) S. 177—184.

[36]) Schmölder, Die Geldstrafe. Vortrag, gehalten auf der 74. Jahresversammlung der Rhein.-Westf. Gef.-Ges. am 15. Oktober 1902. In Kommission bei E. Griebsch, Hamm i. W. (29 S.).

Stoffe, der, wie die Polizeiübertretung, schon in seinem Namen die Spuren zweier Disziplinen trägt, droht auch die Gefahr von zwei Seiten; es können sich beide je zum Teil seiner bemächtigen und ihn so zum Zerrbilde gestalten, oder aber er bleibt a neutra parte, zwischen den Lagern, d. h. achtlos, mit einer gewissen Scheu betrachtet. Dies war das Schicksal der Übertretungen. Das die praktische Bedeutung der Übertretungen kennzeichnende Wort, das Berner ihrer Darstellung an die Spitze stellte, ist nur Warnung gewesen, nicht Ansporn geworden. Wenn man in der Praxis die Übertretungssachen vielfach sogar als die rechtlich schwierigeren bezeichnen hört, so springt darin das Mißverhältnis zwischen den Zielen dieser Justiz und der auf sie verwandten Mühe ins Auge. Wenn die Grundfragen über die Schuld und über den Einfluß des Rechtsirrtums noch Gegenstand lebhaften Streites sind, dessen Kosten die Tausende von „Delinquenten" tragen müssen, so liegt darin ein Vorwurf gegen die Theorie; denn sie hat sich ihrer Aufgabe entschlagen, bei dem mangelhaften Rechtszustande, den das St.G.B. begründet hat, Pfadfinderin, Wegweiserin zu sein.

Erst dem scharfen Vorstoße von Frank (1897) ist es wohl zu danken, daß die Polizeiübertretung wiederholt auf die Tagesordnung der J.K.V. gebracht worden ist und hier eine anregende, auch klärende Behandlung erfahren hat. Sicherlich ist auf sie zum guten Teil der gegenüber dem geltenden Rechte einschneidende Beschluß des 26. Deutschen Juristentages (1902) zurückzuführen, daß die Polizeiübertretungen aus dem künftigen St.G.B. ausgeschaltet werden sollen. Diese Lossage, dieses Negativ stellt die Wissenschaft vor die Notwendigkeit, ihrerseits für den Neubau des Übertretungsrechts außerhalb des gemeinen Strafrechts die Grundlagen zu schaffen. Jetzt heißt es, für den Gesetzgeber diejenige Arbeit vorleisten, an deren Mangel er 1870 gescheitert ist. Es ist heut nicht zweifelhaft, daß an dieser Arbeit neben dem Strafrechte dem Verwaltungsrecht ein gehöriger Anteil zufallen muß. Das Fehlen solchen Anteils mag die Kommissionsberatung in der deutschen Landesgruppe der J.K.V. zum Stocken gebracht haben.[36a]) Noch ein andres aber scheint mir bei den Verhandlungen der J.K.V. nicht genügend gewürdigt zu sein (abgesehen von Oetker), die geschichtliche Entwicklung. Die Wissenschaft darf über den Strebungen und Bedürfnissen der Gegenwart gerade zu deren Verständnis den Blick für die Vergangenheit nicht verlieren, sie muß die Fäden, die jetzt wirr nach der Vergangenheit zu verlaufen scheinen, bis zu dem Punkte verfolgen, wo sie sich zu verschlingen beginnen; denn die meist einfacheren Verhältnisse früherer Zeit gestatten häufig eher den Blick für den grundsätzlichen Standpunkt, den es gerade jetzt wieder gewinnen heißt. Die Be-

[36a]) Der Bericht war vor dem Zusammentritte der 10. Landesversammlung der J.K.V. in Stuttgart (26. 5. 1904) eingereicht. Über die Ergebnisse der Tagung siehe vorläufig „Das Recht" Bd. 8 S. 306.

trachtung mit einer bestimmten „Epoche" abzuschließen oder aufzunehmen ist Vorurteil, Willkür. Und außerdem würde man sich des Vorteils einer prüfenden Rechtsvergleichung begeben, der bei einer Untersuchung auch de lege ferenda gewiß nicht zu unterschätzen ist.

James Goldschmidt hat das Problem der Polizeiübertretungen nach drei Richtungen hin über die bisherigen kriminalistischen Versuche hinaus in Angriff genommen und gefördert: durch Aufhellung geschichtlicher Partien, durch Rechtsvergleichung, vor allem aber durch Anknüpfung an das Verwaltungsrecht. Auf den eindringenden Arbeiten von Rosin und Otto Mayer fußend, hat Goldschmidt dem von dem gemeinen Strafrechte losgelösten Polizeistrafrechte einen Platz auf dem breiteren Boden eines allgemeinen Verwaltungsstrafrechts angewiesen. Für diese Idee, deren Begründung in dem mit der Fülle der historischen Einzelheiten belasteten Hauptwerke „Das Verwaltungsstrafrecht" 1902 (siehe Bericht Z XXIII 144 ff.) noch an mancher Unklarheit litt und nicht immer eine Beherrschung auch der staatsrechtlichen Literatur erkennen ließ, hat Goldschmidt seitdem wiederholt das Wort ergriffen, in der Juristenzeitung 1902 S. 212 f.[37]) und in den zwei vorliegenden Schriften. Die jüngsten Ausführungen zeigen bei knapperem Gewande das Problem in schärferer Beleuchtung. Um der Sache willen soll ihr Gedankengang eingehender mitgeteilt werden:

1. Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts[38]). Der Zustand, daß das St.G.B. mit der Einreihung des 29. Abschnittes in den 2. Teil und der Erwähnung der Polizeigesetze im § 2 E.G. den generischen Unterschied zwischen dem eigentlichen Strafrecht („Justizstrafrecht" in der 2. Abhandlung) und dem Polizeistrafrecht ablehnt, sei praktisch unerträglich und logisch unhaltbar. Für das praktisch Unerträgliche solcher materiellen und prozessualen Gleichstellung bringt der Verfasser einen Teil der sattsam erörterten Gründe vor: die Anwendung (oder, der Not gehorchend, illegale Nichtanwendung) des Legalitätsprinzips, z. B. die Zulässigkeit einer Durchsuchung selbst zur Nachtzeit, vor allem die Nichtbeachtung des Rechtsirrtums; er verweist auf das drastische Beispiel Z XXII 35, dem ich die Skizze „simplicissimus orientalis" in den Grenzboten vom 15. 10. 1903 als Seitenstück anfügen möchte. Die logische Unhaltbarkeit des Zustandes werde durch die Annahme der herrschenden Theorie, daß die Polizeiübertretung eine abstrakte Rechtsgefährdung enthalte, nicht beseitigt. Dieser Konstruktionsversuch sei mißlungen schon aus dem formellen Grunde, weil die abstrakte Ge-

---

[37]) Die dort S. 213 gemachte Bemerkung, daß der von Lorenz von Stein geprägte Name „Verwaltungsstrafrecht" seither (1867) in der Literatur geradezu verschollen sei, trifft nicht ganz zu. Es gebrauchen ihn u. a. Binding in den „Normen" und der Staatsrechtslehrer Max v. Seydel.

[38]) Vortrag in der Berliner juristischen Gesellschaft am 21. Juni 1902. abgedruckt im Archiv für Strafrecht Bd. 49 S. 71–92 und gesondert, 26 Seiten.

fährdung eine Erscheinungsform sämtlicher Spezialmaterien des besondern Teils bilde, das Merkmal der Spezialmaterien aber — die strafbare Handlung gegen bestimmte Rechtsgüter — fehle. Doch auch inhaltlich umfasse die Konstruktion nicht die Übertretungen des St.G.B., denn das Kriterium sei nicht spezifisch für die Polizeiübertretung (vgl. Brandstiftung) — es sei überhaupt kein Kriterium der Polizeiübertretung, da es weder erforderlich noch ausreichend sei: nicht erforderlich, denn zahlreiche Übertretungen enthielten eine konkrete Gefährdung (z. B. 367 Z. 12, 368 Z. 6, 7), andre wieder eine Verletzung von Rechtsgütern, schließlich träfen Polizeiverordnungen sogar Gefährdung der eignen Person (Hinauslehnen aus dem Bahnfenster) — nicht ausreichend, weil es abstrakte Gefährdungen gäbe, die keine Polizeiübertretungen sein könnten, da ihnen das Moment der Öffentlichkeit fehle (z. B. einsturzdrohende Decken in der Privatwohnung) (?). Die Unfähigkeit der abstrakten Gefährdungstheorie, die Polizeiübertretungen als Spezialmaterie des St.G.B. zu erklären, führt der Verfasser (etwas stark unterstreichend) auf zwei Fehler methodischer Art zurück, auf die Deduktion eines scholastischen Begriffs ohne Ermittlung des Materials der Polizeiübertretungen und auf ein Verkennen des Umstandes, daß die Wurzeln der Polizeiübertretungen gar nicht auf straf- sondern auf verwaltungsrechtlichem Gebiete lägen. Die Praxis, die diese Fehler meidet und, wenngleich im Widerspruche zu der erschöpfenden Normierung im St.G.B. II 7, die Polizeiübertretungen als eine strafbare Handlung gegen die öffentliche Ordnung ansieht, gibt dem Verfasser den Fingerzeig für die grundsätzliche Erkenntnis: bei den Polizeiübertretungen handle es sich zwar um die öffentliche Ordnung, aber nicht um sie als Rechtsgut, sondern als Fürsorgeobjekt der Verwaltung (II 7 und II 29 kein quantitativer Unterschied, sondern inkommensurabel). „Ist aber die durch die Polizeiübertretungen beeinträchtigte öffentliche Ordnung kein Rechtsgut, so sind auch die in ihrem Interesse erlassenen Vorschriften keine Rechtssätze (!) und, soweit sie Strafdrohungen enthalten, kein eigentliches Strafrecht." Aus diesem Grunde sei der entgegengesetzte Standpunkt des St.G.B. logisch unhaltbar.

Um die logische Konstruktion des Verhältnisses von Strafrechtspflege und Verwaltungsstrafgewalt zu finden, lenkt der Verfasser mit Fug das Augenmerk auf den Rechtszustand bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts, wo die Übertretung von Polizeivorschriften ebenso wie die von Zoll- und Steuervorschriften noch, wie von alters, geschieden von der Rechtspflege, in den Bereich einer Strafgewalt der Verwaltung fielen. Die Prüfung dieses Zustandes führt den Verfasser zu einzelnen Aufstellungen, die ich, um die Kernpunkte, zugleich aber auch um die verwundbaren Stellen schärfer abzuheben, folgendermaßen tabellarisch zusammenfassen möchte[39]):

[39]) Ich hoffe, den Verfasser hierbei nicht mißverstanden zu haben.

Recht.	Verwaltung.
Zweck: Schutz menschlicher Willenssphären, Rechtsgüter (eines Aggregatzustandes).	Förderung des öffentlichen und staatlichen Willens (eines Zieles).
Mittel: Dauernde Erklärung, der Rechtssatz.	Stetes Handeln.
Angriff: „Unrecht" = formell: Verletzung eines Rechtssatzes, Rechtswidrigkeit + materiell: Beeinträchtigung eines Rechtsgutes (damnum emergens).	„Verwaltungswidrigkeit" = formell: nur Zuwiderhandeln gegen diese Willensbetätigung der Verwaltung. Das materielle Element könnte nur das Unterlassen der Förderung eines Ziels sein (lucrum cessans), das niemand zum Vorwurf gemacht werden könnte. Zurechenbarer Tatbestand der Verwaltungswidrigkeit bliebe deshalb allein das Unterlassen der Unterstützung desjenigen, der ex officio mit der Förderung des öffentlichen Wohls betraut sei. Der objektiv ideale Gesichtspunkt gehe völlig auf in dem ganz bestimmten subjektiven realen Gesichtspunkte: der Wille der Verwaltung (ihr ausdrücklicher Befehl) sei unwiderleglich vorteilbringend, die Nichtbefolgung unwiderleglich vorteilvereitelnd — aus diesem Grunde käme für die Polizeiübertretung nur das formelle Element in Betracht. (Dies die „Erklärung des zwar allseitig erkannten, aber von keiner Seite erklärten Symptoms".)
Strafreaktion.	
Das Strafrecht.	Die Verwaltungsstrafgewalt.
Formelles Element: Richterspruch als Gegenerklärung auf die verletzte Erklärung + materiell: eine Strafe als Beeinträchtigung eines Rechtsgutes des Verbrechers gegenüber der begangenen Rechtsgüterbeeinträchtigung.	Nur ein formelles Element, (wie das beeinträchtigte formelle Element) eine Verwaltungstätigkeit, nicht Rechtsprechung, die „Maßregelung eines Hilfsorgans, generisch durchaus nicht von dem unmittelbaren Verwaltungszwange verschieden". (S. 19, 23.)

Der Rechtsstaat habe — seit der Mitte des 19. Jahrhunderts — der Verwaltung die Pflicht auferlegt, ihre Strafgewalt fortan in den Formen des Strafrechts zu handhaben: nulla poena sine lege et judicio; die früher fakultative Verwaltungsverordnung sei obligatorisch geworden. Da die Wesentlichkeit allgemeiner Vorschrift sonst nur ein Kriterium des Rechtssatzes sei, so könne man zwar die Verwaltungsstrafverordnungen (Polizeiverordnungen) Rechtsverordnungen nennen, aber die Polizeiverordnung sei ebensowenig eigentlicher Rechtssatz wie ihre Interessensphäre, die öffentliche Ordnung, Rechtsgut sei; ebensowenig sei das Verwaltungsstrafrecht eigentliches Recht[39a]), vielmehr „das Kind einer Mischehe von Recht und Verwaltung" — — Folgerungen, mehr kühn als schlüssig, das „Verwaltungsstrafrecht" selbst wäre dann eine contradictio in adjecto.

Die Darlegungen führen dazu, das Verwaltungsstrafrecht systematisch in das Verwaltungsrecht einzustellen und in soviel Arten zu zerlegen als es Zweige der Verwaltung gibt: Polizei-, Finanz-, Post- usw. Strafrecht

Bei der konkreten Ausgestaltung tritt der Verfasser für die Unbeachtlichkeit des Unterschieds von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Präsumtion der Schuld, aber Zulassung des Nachweises entschuldbarer Unkenntnis der Übertretungsvorschriften ein (weil das einzige deliktizische Element des Kontravenienten die Verwaltungsvorschriftswidrigkeit sei, und ihm nicht, wie dem Verbrecher, der eine materielle Rechtsgüterbeeinträchtigung verübt, das Bewußtsein der Schädlichkeit seiner Handlung innewohne). Ein weiterer Vorschlag: Übertragung der Rechtsprechung an die Verwaltungsgerichte, da sie besser den organischen Zusammenhang mit den Verwaltungsgebieten übersehen könnten (bei der mangelhaften Vorbildung der Juristen im öffentlichen Rechte wird man dies in Preußen leider gelten lassen müssen) und eine Divergenz zwischen den obersten Gerichten vermieden würde. Schließlich ein (frommer) Wunsch, wenigstens für Preußen, nach einem allgemeinen Polizei-, richtiger Verwaltungsgesetzbuche. Auf die Frage nach der Zuständigkeit des Reiches will der Verfasser nicht eingehen. (Material bei v. Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich 2. Aufl. S. 99.)

2. Die Abhandlung „Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre"[40]) steht noch schärfer unter der Devise „los vom Justizstrafrechte" (S. 418). Hier sucht der Verfasser, in wesentlichen Punkten sich anlehnend an die Forschungen von Jellinek, den bisher schuldig gebliebenen Nachweis

---

[39a]) Den „bestimmtesten Widerspruch" setzt entgegen Beling, Württemberg. Strafgesetzgebung 1903 S. 3.

[40]) Aus der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum von Richard Koch, 1903 S. 415—443.

dafür zu erbringen, daß der Verwaltungsstrafrechtssatz[41]) ein „mixtum compositum von Verwaltungsvorschrift und Rechtssatz" sei, und daß die herrschende Lehre, die nur materielles und formelles Gesetz, materielle und formelle Verordnung unterscheidet, eine Fortentwickelung erfahren müsse. Der Beweissatz bringt es mit sich, daß sich der Verfasser in eine nicht immer fruchtbare Kategorien-Jurisprudenz verwickelt — häufig unter Berichtigung oder Preisgabe früher vertretener Anschauungen[42]).

Um die Richtlinie in dem Verhältnisse zwischen Verwaltungsstrafrecht und Justizstrafrecht zu finden, geht der Verfasser von Gierkes Formulierung aus: „Rechtssätze sind Normen, die nach der erklärten Überzeugung einer Gemeinschaft das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen". Hiernach sind die Normen des Verwaltungsstrafrechtssatzes wohl ebenso Willensabgrenzungen wie die des Justizstrafrechts. Anders läge es aber mit dem weiteren Begriffsmerkmale, der Vernunftaussage, der Überzeugungserklärung. Diese sei nur beim Justizstrafrechte vorhanden; denn es ahnde die Übertretung von Anforderungen, die vom Standpunkte der menschlichen Gesellschaft an ihre Mitglieder als an vernünftig wollende Individuen gestellt würden, jede einzelne Norm enthalte ein Verletzungs- oder Gefährdungsverbot. Das Verwaltungsstrafrecht dagegen richte sich gegen die Übertretung von Normen (im Sinne Bindings), die nicht die innere ethische Überzeugung, sondern die äußere Macht, der Wille des Staates erzeugt hat; das ethische Moment ruhe bei der Norm des V.St.R. nur mittelbar in der Person des Normierenden: in der einzelnen Norm vertrete seine Stelle der Verwaltungsbefehl — formell allerdings sei mit der rechtsstaatlichen Anerkennung der Persönlichkeit auch des Gliedes diese rein verpflichtende Verwaltungsnorm auch zur Rechtsnorm geworden.... Die Festigkeit dieses Aufbaues wird davon abhängen, ob man die von G. angenommene begriffliche Grundlage als ohne jeden Zweifel tragfähig ansehen kann. — Zur Nachprüfnng seines Ergebnisses und zur schärferen Abgrenzung nach unten zieht der Verfasser das Disziplinarstrafrecht („sit venia verbo" S. 430) zum Vergleiche heran. Er spitzt die Unterschiede dahin zu: das Justizstrafrecht reiner Rechtssatz, gerichtet gegen die Individualpersönlichkeit; das Disziplinarstrafrecht reiner Verwaltungsbefehl, gerichtet an die Organpersönlichkeit[43]); zwischen beiden das Verwaltungsstrafrecht — „halb Rechtssatz, halb Verwaltungsbefehl", gerichtet gegen die Gliedpersönlichkeit. Von den Einwürfen, die sich — nicht ohne Grund — der Verfasser selber macht, mag der wichtigste

---

[41]) S. 416, 418 und 441 ist es die „Norm" des Verwaltungsstrafrechtssatzes.

[42]) Ausdrücklich oder stillschweigend S. 416, 419 Anm. 6, 422 Anm. 1, 426 Anm. 5, 430 Anm. 5, 441 Anm. 4.

[43]) Finger, Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts 1904 I S. 131, vergleicht es mit der Ausübung der strafrechtlichen Zensur im antiken Staate.

hervorgehoben werden[44]). Gerade infolge der Vergleichung könnte eine Erscheinung gegen die Selbständigkeit des Verwaltungsstrafrechts ins Auge fallen: daß nämlich der Satz ne bis in idem wohl in dem Verhältnisse zwischen Justizstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht, nicht aber in dem Verhältnisse zwischen Justizstrafrecht und Disziplinarstrafrecht gelte. Das sei aber — ganz abgesehen von der bloß prozessualen Natur des Satzes — kein durchschlagender Grund. Es erkläre sich folgendermaßen: die Gehorsamspflicht der Gliedpersönlichkeit gegenüber den Normen des Verwaltungsstrafrechts sei nur eine Ergänzung der in den Normen des Justizstrafrechts rechtlich sanktionierten ethischen Pflicht der Individualpersönlichkeit, deshalb höre auch die Verwaltungswidrigkeit als solche auf, sobald sie infolge des Abschichtungsprozesses zwischen Verwaltungs- und Justizstrafrecht Verbrechen geworden sei; der Unterschied zwischen beiden sei nur ein „qualitativer Quantitätsunterschied" (S. 439). Auf der andern Seite sei ein Verbrechen regelmäßig zugleich Disziplinarvergehen; denn die Dienstpflicht des Organs ergänze nicht bloß die Pflichten des Individuums und Gliedes, sondern verstärke sie — ein reiner Qualitätsunterschied. Die Eigenart des Verwaltungsstrafrechts, wie sie sich aus der Eigenart der verwaltungsstrafrechtlichen Norm ergebe, habe denn auch trotz ihrer völligen Verkennung in der lex lata selbst in ihr nicht unterdrückt werden können: Verwaltung nicht ganz von der Justiz verdrängt (Verfügungs-, Bescheids-, Submissionsverfahren), besondere Strafe (Haft, Ordnungsstrafe) Schuldvermutung, Haftung Dritter.

In dem Verwaltungsstrafrechtssatze stecke nicht so, wie in seiner Norm, eine Verwaltungsvorschrift; in ihm sei einfach die Verwaltung als Berechtigte geschützt. Nur genetisch (nicht, wie bei der Norm, dogmatisch) bilde der Verwaltungsstrafrechtssatz selbst den Übergang von Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift. Das wird kurz S. 441/42 entwickelt. Auf den Schlußsatz: „Für die staatsrechtliche Terminologie folgt daraus, daß jedenfalls die eine Norm oder einen Strafrechtssatz des Verwaltungsstrafrechts enthaltende Verordnung, insbesondere die Polizei- oder Polizeistrafverordnung, nicht schlechtweg als „formelle" bezeichnet werden kann" ist man nach diesen Ausführungen nicht genügend vorbereitet.

---

[44]) Berührt wird noch die rechtliche Natur des militärischen Disziplinarstrafrechts: kein eigentliches Disziplinar- aber doch Verwaltungsstrafrecht, „da der Soldat an sich vorwiegend nur speziell subjizierte Gliedperson und noch nicht Organ ist", reines Disziplinarstrafrecht nur das ehrengerichtliche Verfahren gegen Offiziere (S. 452).

34.

Literaturbericht

von Prof. Dr. Berthold Freudenthal, Frankfurt a. M.

---

1. Das wichtigste der Beweismittel, der Zeuge, ist seit längerer Zeit Gegenstand heftiger Angriffe; soweit diese prozessualer Art sind, gehört ihre Besprechung nicht hierher. Wohl aber ist dies bezüglich der Frage nach der Berechtigung der Strafbarkeit fahrlässiger falscher eidlicher Aussagen der Fall.

Hier entsteht einmal die Frage: Ist eine solche fahrlässige falsche Aussage begrifflich denkbar? Wird diese Frage verneint, so waren alle gegen sie gerichteten Strafbestimmungen in früheren oder in bestehenden Strafgesetzbüchern verfehlt und ihre Strafbarkeit muß in Zukunft entfallen. Ist die Frage hingegen zu bejahen, so fragt es sich weiter, ob unter anderen, insbesondere kriminalpolitischen Gesichtspunkten es sich empfiehlt, jenen Tatbestand de lege ferenda beizubehalten.

Von den hier besprochenen Arbeiten behandelt nur die von Olshausen beide Fragen. Die übrigen beschränken sich auf die erste, weil sie zu deren Verneinung gelangen.

2. Durch einen Aufsatz im Gerichtssaal Bd. 60 S. 56 ff. hat Landgerichtsrat Thomsen in Altona die Diskussion entfesselt. Er verneint die begriffliche Möglichkeit einer fahrlässigen falschen Aussage mit folgendem Gedankengange.

Nicht die bezeugte Tatsache selbst bildet den Gegenstand der Wissenschaft und der Aussage des Zeugen, sondern lediglich der Eindruck dieser Tatsache, wie er vermittelst gewisser physio-psychischer Prozesse in der Seele des Zeugen zurückgeblieben ist. Nicht soll der Zeuge — auch das Gesetz verlangt das nicht von ihm — objektive Wahrheit erforschen, noch feststellen, sondern er soll der Wahrheit nach seinem „besten Gewissen", aber doch nur nach Maßgabe seines Wissens die Ehre geben, wie es in seinem gegenwärtigen cerebralen Befunde sich darstellt. Und so haftet er denn nur für die Übereinstimmung seiner Aussage mit seinen Eindrücken.

Verfehlt ist es danach, wenn die objektive Unrichtigkeit einer Aussage als Begriffsmerkmal des Mein- und Falscheides betrachtet wird. Vorsätzlichen Meineid begeht auch, wer das objektiv Wahre aussagt, sofern er es nur seiner Überzeugung zuwider aussagt.

Wer ferner über seine eigenen psychischen Vorgänge und Zustände auszusagen hat, auch der haftet nur für die Wahrheit der Tatsache, daß er „so geurteilt hat oder so urteilt"; sagt ein Zeuge aus, er habe X. niemals gesehen, so bedeutet das nichts anderes, als daß er sich nicht bewußt sei, X. jemals gesehen zu haben. Entsprach dies seinem „besten Wissen", d. h. wußte er es in dem Augenblicke der Zeugenaussage nicht besser, so kann er nach Thomsen nicht strafbar gehandelt haben.

Allerdings ist der Zeuge verpflichtet, seinem Erinnerungs- und Urteilsvermögen die höchste Leistung abzugewinnen. Aber für die Frage, ob er diese Pflicht erfüllt habe, kommt nur sein „aktuelles paates Wissen" in Betracht (S. 72). Ist sich der Zeuge also z. B. bewußt, daß er durch größere Anspannung seines geistigen Vermögens ein anderes Ergebnis der von ihm anzustellenden Erforschung seines Innern würde erzielen können, so verletzt er, wenn er dieser Sachlage nicht in seiner Aussage Rechnung trägt, seine Zeugenpflicht, aber vorsätzlich, nicht fahrlässig.

Unter diesen Umständen ist eine fahrlässige Verletzung seiner Zeugenpflicht nach Th. nicht denkbar. Entweder der Zeuge ist sich nicht bewußt, an der Wiedergabe der in seiner Seele haftenden Eindrücke etwas fehlen zu lassen; dann erfüllt er seine Aufgabe und ist straflos. Oder er ist sich bewußt, daß er nicht nach bestem Wissen aussagt, dann begeht er Meineid.

Th. selbst gibt zu, daß jemand „durch größere Anspannung seines geistigen Vermögens" ein anderes Ergebnis seiner Erforschung hätte erreichen können, denn er straft den wegen wissentlichen Meineides, der, wiewohl er diese Möglichkeit kannte, ihr nicht Rechnung trug. Dann bleibt die Frage: Warum sollte es ausgeschlossen sein, daß jemand hätte wissen können und sollen, daß sich ein anderes Ergebnis hätte erreichen lassen? Und warum sollte man diesen dann nicht wegen fahrlässigen Falscheides strafen können?

3. Im Archiv f. Krim.-Anthropologie Bd 11 S. 70ff. erklärt Justizrat Martin (Nürnberg) § 163 St.-G.-B. für eine gesetzliche Bestimmung, „wie sie nicht sein soll, welche nur schädlich und unheilvoll wirken kann", und empfiehlt nach dem Vorgange des bayerischen St.-G.-B. von 1861 deren künftige Nichtaufnahme. „Solange der Zeuge von seiner inneren Überzeugung nicht abweicht, handelt er nicht fahrlässig. Würde er anders aussagen, so wäre das .. meineidig".

a) Sachverständigeneid. Sagt der Sachverständige nach seinem besten Wissen und Gewissen aus, so handelt er nicht fahrlässig; denn sein Wissen entscheidet; wer überzeugt ist, eine Materie zu beherrschen, braucht sich nicht weiter umzutun. Daß der Gutachter nicht nach seinem besten Wissen ausgesagt habe, wird — nach M. — schwer zu beweisen sein. Verstößt aber der Gutachter etwa, in Begünstigung eines Teiles, gegen alle Kunstregeln, dann ist Vorsatz gegeben.

b) Gleiches gilt — nach M. — vom Partei- und Zeugeneid über Tatsachen. Wer fest überzeugt ist, eine — in Wahrheit falsch

aufgenommene — Tatsache richtig aufgenommen zu haben, hat keinen Anlaß sich weiter zu unterrichten.

c) Diese Informationspflicht besteht hingegen (nach M.) beim Offenbarungseide. Wer es nicht der Mühe wert hält, sich zu informieren, „nimmt das Risiko des wissentlich falschen Eides auf sich".

d) Auch beim Überzeugungseide muß die Individualität des Schwörenden — nach M. — entscheiden, wieweit die seiner Überzeugung zu Grunde liegenden Nachforschungen zu gehen haben. Wer also alles, was nach seiner Überzeugung zur Begründung einer bestimmten Überzeugung geeignet war, nach seiner Ansicht gethan hat, handelt nicht fahrlässig.

4. Der zu früh verstorbene Reichsgerichtsrat Stenglein hat dem 26. deutschen Juristentage ein Gutachten über die Frage erstattet: Soll die Strafbarkeit der fahrlässigen falschen eidlichen Aussage vor Gericht im deutschen Rechte beibehalten, im österreichischen Rechte eingeführt werden?[1])

Da eine stattliche Reihe von ehemaligen deutschen einzelstaatlichen und von geltenden außerdeutschen Strafgesetzgebungen für Straflosigkeit des fahrlässigen Falscheides ist, so wäre es — nach St. — eine gewagte Behauptung, eine Strafvorschrift gegen diesen werde „vom Rechtsgefühl des Volkes verlangt".

Auch sei der Tatbestand des fahrlässigen Falscheides wegen des Mangels eines Erfolges mit dem Begriff „Fahrlässigkeit" nicht in Einklang zu bringen.

Vor Allem aber haben — nach St. — der Zeuge und die Partei nur zu sagen, was sie für wahr halten, nicht was wahr ist. „Jeder Eid ist nur ein Eid darüber, daß der Schwörende glaubt, die zu beweisenden Tatsachen verhielten sich so, wie es die Eidesformel ausspricht". Findet man die Fahrlässigkeit im Mangel an Sorgfalt beim Erkennen der Wahrheit, so geht man „auf den Denkprozeß" ein, der sich völlig „der Beobachtung entzieht". Ob der Schwörende Mittel und Wege hatte, einen anderen Glauben zu gewinnen, und sie fahrlässig nicht benutzte, ist nicht feststellbar: Ob Nachdenken hätte helfen können, hängt von der Lebhaftigkeit des irreführenden Eindrucks ab, und eine Pflicht zur Einziehung äußerer Erkundigungen besteht nicht.

Die Fehlgriffe der heutigen Praxis zeigen die Unklarheit des Begriffs eines fahrlässigen Falscheides. Unter dem trefflichen bayerischen Strafgesetzbuche von 1861 hat sich — das bestätigt Stenglein aus eigener Erfahrung — nie ein Bedürfnis nach Bestrafung des Fahrlässigkeitsdeliktes ergeben. Darum sollte man § 163 R.-St.-G.-B. streichen und ins österreichische Gesetz einen entsprechenden Paragraphen nicht aufnehmen.

5. „Über die Strafwürdigkeit des fahrlässigen Falscheides" hat der Oberreichsanwalt Olshausen am 25. 4. 03 in der

[1]) Verhandlungen des 26. Juristentages Bd. 1 (Gutachten) S. 56—62 Berlin 1902.

juristischen Gesellschaft in Berlin gesprochen. Sein Vortrag ist in Goltd. Arch. Bd. 50 S. 8—20 wiedergegeben.

Die geltenden Gesetzgebungen das Auslandes, wie die z. Z. vorliegenden Strafgesetz-Entwürfe sind in der obigen Frage geteilter Meinung, jene indes sind in ihrer Mehrheit für Strafbarkeit, diese für Strafbarkeit. In Deutschland war bis zum R.-St.-G.-B. der Süden gegen, der Norden weitaus überwiegend für Strafbarkeit.

1) Olshausen bejaht die logische Möglichkeit des fahrlässigen Falscheides. Thomsen lasse zu Unrecht die psychische Tatsache des „schlummernden Bewußtseins" außer Betracht, wenn er einen Zwischenfall zwischen Wissen und Nichtwissen des Zeugen nicht anerkenne. Bei Anstrengung des Gedächtnisses würde der Zeuge, der zunächst glaubte, nichts zu wissen, den Vorgang tatsächlich besser gewußt haben.

2) Wie ist das hiernach begrifflich denkbare Delikt juristisch zu konstruieren? O. nimmt im Gegensatz zu Stenglein an, daß die hier geforderte Fahrlässigkeit die gleiche sei wie bei anderen Delikten; der Erfolg bei Voreid bestehe in der „Existenz der falschen Aussage" (?). Eigenartig sei nur, daß die durch das Meineidsgesetz kriminalisierte Handlung nicht die gleiche sei, wie die nach dem Fahrlässigkeitsgesetz unter Strafe gestellte.

3) Empfiehlt es sich, dem Meineide den Falscheid als strafbare Handlung zur Seite zu stellen? O. verneint diese Frage de lege ferenda. Gesetzgeberischer Grundsatz war und muß sein, daß fahrlässiges Handeln nur ausnahmsweise gestraft wird. Ein praktisches Bedürfnis, hier eine Ausnahme zu machen, liegt nicht vor. Einmal ist der Prozentsatz der Verurteilungen ein sehr ungünstiger. Ferner sei die Strafdrohung gegenüber ihren Destinatären, den Unverständigen und Unwissenden, unnötig. Auch zeitige das Strafgesetz zahlreiche falsche Verurteilungen, weil es zu schwierig sei, „sich in die physische Beschaffenheit des Gehirns des Schwörenden hineinzuversetzen", um zu beantworten, ob er durch Nachdenken usw. die Wahrheit hätte finden können.

So vereinigt sich Olshausen bei abweichender Begründung mit den obigen Bearbeitern der gleichen Frage in der Forderung, de lege ferenda den fahrlässigen Falscheid straflos zu lassen.

Nach Ansicht des Ref. liegt dem Gedankengange derer, die fahrlässigen Falscheid für begrifflich unmöglich halten (s. oben 2 bis 4), ein Fehler zu Grunde: Sie gehen davon aus, daß der Aussagende seiner Pflicht genüge, wenn er den Inhalt seines Bewußtseins im Zeitpunkte der Aussage, also sein gegenwärtiges Wissen, wiedergebe. Wäre dies richtig, so gäbe es gewiß keinen fahrlässigen Falscheid: denn wessen man bewußt ist, das kann man nur entweder sagen oder vorsätzlich verschweigen; ein fahrlässiges Nichtsagen ist undenkbar.

In Wahrheit aber geht die Pflicht des Aussagenden auch dahin, durch sorgfältige Nachprüfung sein Bewußtsein auf die für ihn erreichbare höchste Stufe des Erkennens zu bringen. Im Eide der §§ 426,

459 Abs. 2 und 3 C.-P.-O. kommt dies zu unmittelbarem Ausdruck. Auch im Eide des Zeugen aber sind (ein Gegensatz zu den eben genannten Eiden wäre sachlich unverständlich) die Worte „nach bestem Wissen und Gewissen" nicht anders zu verstehen. Sie bedeuten nicht lediglich, daß die Erklärung nach dem z. Z. vorhandenen besten Wissen (wie dies auch z. B. Frank II 2 zu § 163 annimmt), sondern daß sie nach „bestmöglichem" Wissen und möglichst gewissenhaft abzugeben sei. Was bedeutet sonst „bestes" Gewissen? Und wie wäre es begreiflich, daß eine Gesetzgebung, die den fahrlässigen Falscheid nun einmal straft, ihn andernfalls in der Eidesformel ignorieren würde? Jene Pflicht aber kann unachtsam, d. i. fahrlässig, verletzt werden.

Wer leugnet, daß der Aussagende z. Z. der Aussage einen anderen Bewußtseinsinhalt hätte haben können und sollen, der leugnet die Möglichkeit fahrlässigen Handelns überhaupt und verlegt den Streit auf ein weiteres Feld, im letzten Grunde auf das von Willensfreiheit und -unfreiheit.

6. In Heft 45 der von Beling herausgegebenen Strafrechtlichen Abhandlungen erörtert M. Eckstein die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 361 Z. 10 St.-G.-B.).[2]) Referent steht der Veröffentlichung dieser Arbeit nicht fern genug, um über sie im Wesentlichen mehr als einen Bericht abgeben zu können.

Wir haben über § 361 Z. 10 eine Reihe verwaltungs-, insbesondere armenrechtlicher Schriften, die meist von Praktikern herrühren, und von theoretischer Seite lediglich die zwar gut informierende, aber kurze Darstellung Seufferts in der „Übersicht über die Strafgesetzgebung des Jahres 1894" (Z. 15 S. 809 ff.). Andererseits ist § 361 Z. 10 nicht nur im Allgemeinen sozialpolitisch bedeutsam, weil er die Grenzlinie zwischen den Fällen berechtigter und denen mißbräuchlicher Inanspruchnahme von Armenmitteln ziehen soll, sondern er ist für die Armenverwaltungen in deren täglicher Praxis geradezu die wichtigste der Strafbestimmungen überhaupt. So verdient er eine eingehende systematische Behandlung, wie sie die vorliegende Arbeit darstellt, umsomehr, als der Wert der älteren Arbeiten dadurch wesentlich geringer geworden ist, daß das bürgerliche Gesetzbuch die zivilistischen Grundlagen der Bestimmung verschoben hat.

§ 361 Z. 10 ist im St.-G.-B. nicht von Anfang an enthalten gewesen. Seine Aufnahme in dieses beruht vielmehr auf dem Reichsgesetze vom 12. 3. 1894. In einem einleitenden Paragraphen schildert der Verfasser, wodurch diese Ergänzung des Gesetzes notwendig wurde: § 361 Z. 5, das andere dem Schutz der Armenbehörden gewidmete Strafgesetz, ließ die Fälle straffrei, in denen bei vorhandenen Mitteln der Unterhalt böswillig oder frivol versagt wird, und doch sind sie zum mindesten ebenso strafwürdig, sowie nach Einführung der Freizügigkeit ebenso gefährlich (S. 4), wie die Fälle der durch Trunksucht usw. herbeigeführten Unterhaltsunfähigkeit.

[2]) Schletterſche Buchh., Breslau 1903.

Wohl suchten sich zahlreiche Einzelstaaten dadurch zu helfen, daß sie auch unter der Herrschaft des St.-G.-B. wie vorher, Unterhaltssäumige dieser Art auf Grund eines „neben den . . strafrechtlichen Bestimmungen herlaufenden Verwaltungszwangsverfahrens" in einem Arbeitshause unterbrachten, wie dies noch heute beispielsweise Würtemberg, Sachsen und Mecklenburg-Schwerin für angezeigt halten. Preußen aber sah ein solches Verfahren für unvereinbar mit dem positiven Reichsstrafrecht an (ob mit oder ohne Recht, sagt der Verf. nicht), und so waren es naturgemäß in erster Linie preußische Armenbehörden, die nach einer Ergänzung des § 361 Z. 5 verlangten. Wie es bei Abänderung des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz zur Erfüllung dieses Wunsches gekommen ist, schildert § 2 (S. 7—14): „Bei den Mängeln, die das geltende Recht aufweist, ist es noch jetzt von Interesse, seine Entstehung und die vor seiner Erlassung geäußerten Wünsche eingehend zu verfolgen".

Daran schließt sich die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale. „Ernährung" ist, wie der Verf. gegen Olshausen u. a. annimmt, nichts anderes als Unterhalt, und „Unterhaltspflicht" ist im Sinne des B.-G.-B. auszulegen. Nicht überall aber, wo das B.-G.-B. eine Unterhaltspflicht aufstellt, begründet ihre Verletzung die Strafbarkeit aus § 361 Z. 10, insbesondere nicht, wo sie nicht auf familienrechtlicher Grundlage ruht (s. aber auch S. 36 und § 1710 Abs. 3 B.-G.-B.), sondern dem Erbrecht zugehört (§§ 1582 Abs. 2 und 3, 1712, 1969, 1963, 2141 B.-G.-B.), oder im Obligationenrecht aufgestellt ist (528 f., 843, 844 Abs. 2 B.-G.-B.). Dies Ergebnis dürfte des Verfassers Auffassung, wie sie sich aus seiner sorgfältigen Behandlung der Einzelfälle ergibt, entsprechen; eine zusammenfassende Formel fehlt.

Ob der Unterhaltungspflichtige „in der Lage" war, zu unterhalten, entscheidet der Strafrichter unabhängig von der auffordernden Behörde nach freiem Ermessen. Bei Bildung seines Urteils freilich handelt er zweckmäßig, wenn er die Grundsätze des B.-G.-B. zur Richtschnur nimmt.

Weiter prüft der Verfasser Vorzüge und Mängel des Erfordernisses der „Aufforderung" des Unterhaltungspflichtigen. Zuständig für sie sind nach Landesrecht die Polizeibehörden, nicht die dafür geeigneteren Armenbehörden. In formeller Hinsicht verlangt der Verf. für Preußen ein Beschlußverfahren, bei dem ein nach Anhörung der Beteiligten ergangener begründeter Beschluß förmlich zuzustellen ist. Folge der Unterhaltsversagung muß gewesen sein, daß durch behördliche Vermittelung fremde Hilfe (d. i. die Hilfe eines nicht Unterhaltungspflichtigen), nicht notwendig öffentliche Hilfe in Anspruch genommen worden ist. Dies ist wegen Anwendbarkeit des Paragraphen auf Elsaß-Lothringen von Bedeutung (widersprechend S. 45 und 57).

Als Nebenstrafe hatte der Regierungsentwurf Überweisung ins Auge gefaßt. Der Reichstag strich sie nicht nur, sondern erklärte auch Geldstrafe für zulässig. Diese verschiedene Auffassung der angemessenen Strafe begründet der Verf. mit Recht damit, daß Z. 10 Eingriffe in zwei

Rechtsgüterſphären von ungleicher Schutzwürdigkeit vermengt: gröbliche Verletzung der Pflichten gegen die Familie und bloßen Mißbrauch der Armenpflege.

Dieſen und anderen Mängeln gegenüber (ſ. deren Zuſammenſtellung S. 49) haben ſich ſchon ſeit 1895 Beſtrebungen nach Abänderung des Paragraphen geltend gemacht, deren Träger der deutſche Verein für Armenpflege und Wohltätigkeit iſt. Unter eingehender Prüfung ſeiner Vorſchläge empfiehlt der Verf. die Zerlegung der Beſtimmung in einen § 221a, der ſich in Ergänzung der Ausſetzungsparagraphen gegen die vorſätzliche Unterhaltsentziehung als Vergehen richten ſoll, und in eine Übertretungsvorſchrift gegenüber dem Mißbrauch der Armenpflege.

Es wäre dankenswert, wenn der Verf. ſeine Arbeit nachträglich auf verwandte Beſtimmungen ausländiſcher Strafgeſetzgebungen ausdehnte (vgl. z. B. japaniſches St.-G.-B. Abſchn. 11 Abt. 5, franzöſ. Geſ. v. 19. 4. 98, Geſ. für Maſſachuſetts v. 17. 4. 85, f. Illinois v. 1901, ev. auch das norweg. Geſ. v. 18. 6. 91).

7. Im Archiv für Kriminal-Anthropologie Bd. 12 S. 175 ff. behandelt Schütze „die Technik des Stempelfälſchers und das Arbeitshaus als ſeine techniſche Hochſchule, ſowie einige Vorſchläge zur Abhilfe“. Auf Grund praktiſcher Erfahrungen und reichen, in ſeinen Händen befindlichen Materials ſetzt Sch. die raffinierte Technik der Stempelfälſcher in hellſtes Licht. Er erblickt in ihrem Treiben einen Krebsſchaden, „der nicht nur dem gewerbsmäßigen Verbrecher eine bedeutende Stütze bietet, ſondern auch dem nach Hunderttauſenden zählenden Bettler- und Landſtreichertum, das dem deutſchen Reiche allein, vom ſittlichen Schaden ganz abgeſehen, jährlich zwiſchen 36 und 200 Millionen Mark (?) koſtet, überhaupt erſt ſeine Exiſtenz recht eigentlich ermöglicht“.

Die Beſeitigung des Unweſens hält er dadurch für möglich, daß an Stelle aller bisherigen Stempelarten ausſchließlich die doppelſeitigen Schlagſtempel, die ohne Siegellack dem Papier eingepreßt werden, bei den Behörden Eingang finden. Sie kann nur der gelernte Graveur nachahmen, auch ſind ſie für den „Kunden“ ſchwer auf die Dauer zu verſtecken.

Von größter Bedeutung iſt ferner die Beſeitigung von Druckereien in den Arbeitshäuſern, die der Verfaſſer mit Recht als die Hochſchule der Stempelfälſcher betrachtet. Sie empfiehlt ſich um ſo mehr, als der in der Druckerei Ausgebildete nachher doch in dieſem Berufe keine Anſtellung findet. Die Beſchäftigung in der Nachhaft macht ihn ſonach nicht wirtſchaftlich tüchtiger, ſondern nur zu Verbrechen geſchickter.

8. Das Leben der Wanderarmen iſt Gegenſtand eines Aufſatzes von Hans Oſtwald-Lichterfelde im Archiv für Kriminal-Anthropologie Bd. 13 S. 297 ff. Der Wert dieſes kurzen Aufſatzes und das Intereſſe, das er verdient, hängen damit zuſammen, daß der Verfaſſer die von ihm geſchilderten Verhältniſſe aus eigener

Wahrnehmung nicht nur, sondern als ein früher selbst in ihnen Stehender kennt. Er ist, wie Hanns Groß in einer einleitenden Note mitteilt, der Sohn eines unbemittelten Berliner Schmiedes, erlernte das Goldschmiedehandwerk, wurde aber nach kurzer Zeit arbeitslos. Als „armer Reisender" durchstreifte er Deutschland. Was er sah und erlebte, notierte er und wurde allmählich Schriftsteller. Als solcher lebt er heute in Groß-Lichterfelde bei Berlin; „alle Jahre drängt es ihn aber wieder, wenigstens für einige Wochen, auf die Landstraße".

Ostwald erklärt es für einen fundamentalen Irrtum, die Wanderbettelei allein aus dem Trieb zur Faulheit herzuleiten. Auf der Landstraße finden sich vielmehr die verschiedensten Typen: Der Eine hat in seinem Gewerbe Schiffbruch gelitten und ein anderes, das aufnahmefähig wäre und ihn verwerten könnte, nicht gefunden. Da sind weiter alle die vielleicht nur vorübergehend arbeitslosen Handwerker oder industriellen Arbeiter, die nicht am Orte bleiben wollen, weil sie sich nicht „in Schulden verspinnen" möchten. Auch ideeller Wanderzwang, Bildungsdrang, der Wunsch, den Ort eines Strikes zu entlasten, treibt Manchen auf die Landstraße. Daß das Wandern in der Tat weniger auf Arbeitsunlust, als auf das Angebot oder das Aufhören der Arbeitsgelegenheit zurückführt, beweist der Verfasser u. a. an der Hand einer Statistik der oberbadischen Verpflegungsstationen von 1895—96. Danach werden die Landstraßen im Winter viel mehr von wanderndem Volke belaufen, die Herbergen viel stärker belegt, als in den Sommermonaten.

Die Lebensweise der Wanderer wird vom Verfasser so anschaulich geschildert, wie es nur der ehemalige socius malorum vermag. Die staatliche Naturalunterstützung ist im allgemeinen befriedigend, die Geldunterstützung in den Städten ist ungenügend; „man ist also auf das Fechten angewiesen", und auch davon wird der Wanderer nie recht satt. Anders der professionelle Bettler, die Krüppel, die Briefbettler, d. h. die, welche „irgendwie mit der Intelligenz in Berührung gekommen sind", die Schnorrer aus dem armen Osten, die mit Bettlerzinken Vertrauten usw. Viele haben festen Sitz, von dem aus sie die ertragreiche Umgegend abfechten, in den „Pennen", deren trübe Zustände packend geschildert werden.

Für die Meisten ist die Wanderzeit eine „langsam, aber sicher zermahlende Mühle", und doch scheut selbst der Kranke das Spital, wiewohl er in ihm nach O.'s Zeugnis ebenso behandelt wird wie andere Kranke.

Der eingefleischte Landstreicher ist über das Weib hinweg; jüngere haben vielfach ihre weibliche Gefährtin, die „Tippelschickse" der Kundensprache. Diese wandernden Weiber übertreffen an Faulheit und Unfähigkeit weitaus den Durchschnitt der Männer; bei ihnen ist Alles „außer Rand und Band". Spitzbuben, überhaupt Verbrecher, gibt es unter den Wanderern weniger, als man gemeinhin annimmt. „Der echte Verbrecher glaubt mehr zu sein als der Kunde. Der Kunde dünkt sich wieder über den Verbrecher erhaben".

Bestraft freilich sind viele Wanderer. Aber wie soll der Mittellose dem entgehen! „Würde er nicht betteln, so würde er Selbstmord durch Hunger begehen", und darum sollte man sein Betteln „höchstens als straffreien Mundraub" ansehen. Auch Arbeitsscheu ist oft genug nur durch erzwungene Arbeitslosigkeit dem Unbemittelten anerzogen. O. führt aus, wie ungenügend unser Unterstützungs- und Abhilfwesen ist; „alle die gut gemeinten Einrichtungen mit ihrer hartherzigen, menschen- und lebensfremden Ausführung ihrer Grundsätze sind dürftige Notbehelfe, die bei jeder Krise versagen. Auch Strafgesetze nützen nichts. Helfen kann nur, wer die wirtschaftliche Existenz des Arbeiters sichert."

Das Wandern selbst darf nicht verboten werden; „die arbeitende Bevölkerung hat oft genug keine anderen Bildungs- und Lehrjahre". Ein gut geregeltes Herbergswesen, bei dessen Reform Arbeitgeber und Arbeiter heranzuziehen sind, eine Art Arbeiterkolonie für Unheilbare, Reichsarbeitslosenversicherung und eine Art Wanderarbeitsstätte, ähnlich den Heilanstalten der Invalidenversicherung, Alles das ist nötig. Erst dann wird man fragen dürfen: „Wer ist wegen Bettelns zu bestrafen"?

Soweit der Verfasser. Mag seine Schilderung hie und da von seiner Vergangenheit, vom Mitleiden im buchstäblichen Sinne des Wortes beeinflußt sein, Alles in Allem erweckt seine Schilderung des Lebens der Vagabunden und Bettler unsere Sympathie. Sie erhärtet die alte Wahrheit: Alles kennen heißt alles verzeihen, nur daß die Gesellschaft hier nichts zu verzeihen hat. Will sie bessern, so darf das Strafrecht lediglich in letzter Linie eingreifen. Vor ihm hat auf ihren zahllosen Wegen die Wirtschafts- und Sozialpolitik zu wirken.

9. Hugo Herz, Arbeitsscheu und Recht auf Arbeit (Kritische Beiträge zur österreichischen Straf- und Sozialgesetzgebung). Leipzig und Wien, Deuticke, 1902.

Nach einer weit ausholenden Einleitung, die über Strafrecht und Sozialpolitik mehr als über das Thema der Arbeit enthält, und nach einem geschichtlichen Überblick charakterisiert der Verf. in Kürze das geltende österreichische Recht der Landstreicherei und des Bettelns.

a) Sowohl das Gesetz von 1873, wie das Vagabundengesetz vom 24. 5. 85 haben den Zusammenhang der kriminellen Maßregeln gegen Vagabundage mit der Armenversorgung, wie ihn das humanere Recht von 1803 noch festhielt, gelöst. Das Gesetz v. 1885 insbesondere hat „eine Art richterlicher Durchschnittsbehandlung" geschaffen (Näheres S. 49), bei der der wirklich Arbeitsscheue nicht getroffen wird, die besseren Elemente unter der wandernden Bevölkerung aber verdorben werden. Bedenklich ist insbesondere, daß es das Merkmal der „Arbeitsscheu" nicht in den Tatbestand aufgenommen hat. So wird vielfach bei bloßer Arbeitslosigkeit verurteilt, ohne daß das Ergebnis des Nachweises, daß der Täter Arbeit gesucht hat, abgewartet würde. Auch die von der Praxis vielfach als Landstreicher behandelten Zigeuner nimmt der Verfasser hiergegen in Schutz. „Keinenfalls kann man Zigeuner nach dem Landstreichergesetz beurteilen und wird immer ge-

mäß der Besonderheit dieses Volksstammes Ausnahmsgesetze finden müssen, die die Gesellschaft vor der parasitären und gefährlichen Ausbeutung dieses Volkes schützen."

b) Der Bettel ist, wie bei uns, so auch in Österreich nicht gesetzlich definiert. Der Verf. schließt sich bei seiner Definierung im Wesentlichen an von Hippel an. Die schwersten Mängel der Praxis seien einmal, daß die Schwankungen des Begriffes die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährden, und daß die Trennung des arbeitsscheuen Müßiggängers vom hilfsbedürftigen Armen nicht stattfindet. Sein eigener Vorschlag geht dahin, daß die Tatbestände der Arbeitsscheu in einem einzigen Gesetzesparagraphen Ausdruck finden, und daß dabei das charakteristische Merkmal die Arbeitsscheu bilde, d. i. die Bedürfnisbefriedigung durch Ausbeutung fremder wirtschaftlicher Verhältnisse bei vorhandener Arbeitsfähigkeit.

Unter den Kampfesmitteln gegenüber der Arbeitsscheu unterscheidet der Verf. 1) kriminelle Repression (S. 44 ff.), 2) Zwangserziehung und Jugendbevormundung (S. 60 ff.), 3) soziale Prävention (S. 75 ff.).

Im Hinblick auf kriminelle Maßnahmen scheidet er mit der allgemeinen Meinung die Behandlung des „zufälligen" und des gewohnheitsmäßigen Landstreichers. Für jenen wünscht er im Gegensatze zu von Hippel nicht kurze Haft mit Verschärfungen, sondern „billigere und gleich wirksame Maßregeln" (?), die lediglich zum Zwecke der Konstatierung, daß N. N. ein Vagabund war, in den Strafausweis eingetragen werden. Gegenüber dem gewohnheitsmäßigen Arbeitsscheuen empfiehlt er Arbeitshaus mit bedingter Entlassung einer-, der Möglichkeit der Strafverlängerung anderseits.

Wenn der Verf. unter den „Formen krimineller Repression" auch „solche Gesetzgebungen" nennt, „die Arbeitsscheu überhaupt nicht besonders strafen" (S. 44), so ist das ein Beweis statt vieler, daß er in formeller Beziehung wenig sorgfältig gearbeitet hat.

Das Institut der Korrektur kennt er — zum Nachteil der Leser — anscheinend garnicht.

10. Der altbewährte Kommentar des Freih. von Riedel zum Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern ist nunmehr, durch v. Suttner besorgt, in 6. Auflage erschienen.[3]) Diese bietet nicht eine Neubearbeitung, wohl aber eine Durchsicht und Ergänzung einzelner Teile, bei der die Literatur und Judikatur im Wesentlichen Berücksichtigung gefunden hat. Ein gegen früher erweiterter Anhang gibt außer dem Texte des Polizeistrafgesetzbuches, auch die zugehörigen bairischen Vollzugsbestimmungen usw. wieder.

11. Rothering's Aufsatz über den „groben Unfug" (Goltd. Arch. Bd. 49 S. 23 ff.) wird nach seinem Abschlusse besprochen werden.

[3]) C. H. Becksche Verlagsbuchh., München 1903.

35.

Bibliographiſche Notizen.

Berichterſtatter: Prof. Dr. Kohlrauſch.

1. **Rechtſprechung des Oberlandesgerichts Colmar i. Elſ. in Strafſachen.** 4. Heft. Straßburg 1903, (113 S.).

Das vorliegende Heft enthält die in Leitſätze zuſammengefaßten Ergebniſſe von 178 Entſcheidungen aus den Jahren 1896 bis 1900 ſowie ein Geſamt-Inhaltsverzeichnis für die Jahre 1879—1900. Über den Wert und die Gefahr ſolcher Publikationen, die kategoriſche Rechtsſätze ausſprechen, aber keine Tatbeſtände und nur ganz ausnahmsweiſe „Gründe“ mitteilen, braucht nicht mehr geſprochen zu werden. Was ſoll z. B. mit einem Satz angefangen werden, wie: „Zur Anwendung des § 59 St.G.B. genügen nicht etwaige Zweifel über das Vorhandenſein eines Tatbeſtandsmerkmals“ (S. 16), der die mühſam ſtabiliſierte reichsgerichtliche Indikatur über den dolus eventualis wieder über den Haufen zu werfen ſcheint?

2. **Jahrbuch des deutſchen Rechtes.** Unter Mitwirkung zahlreicher und namhafter Juriſten, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann (Rechtsanwalt am Kammergericht). 1. Jahrgang (die Zeit bis Ende 1902 umfaſſend), Berlin, Franz Vahlen.

Das „Jahrbuch des deutſchen Rechts“ ſtellt ſich die Aufgabe, eine fortlaufende Überſicht über die Entwickelung des deutſchen Reichsrechts zu geben durch prägnante Berichte über die neueſte Literatur und Judikatur im Anſchluß an die einzelnen Beſtimmungen der Reichsgeſetze. Die Aufgabe iſt eine gewaltige. Die vorliegenden ſieben Lieferungen (35 Bogen), umfaſſend die §§ 1—912 B.G.B., berechtigen zu der Hoffnung, jedenfalls aber zu dem Wunſch, daß ihre Löſung gelingen möge: ſie wäre eine Tat erſten Ranges, der gegenüber der Kriminaliſt aufrichtig bedauern wird, daß gerade ſeine Gebiete „Straf- und Strafprozeßrecht in den Arbeitsplan vorerſt nicht miteinbezogen ſind.“

3. **Feſtſchrift zu Auguſt Sigmund Schultzes 70. Geburtstag,** gewidmet von der rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Fakultät der Kaiſer Wilhelms-Univerſität in Straßburg. Leipzig, L. C. Hirſchfeld, 1903 (249 S.).

Die Feſtſchrift enthält unter andern einen Aufſatz von M. E. Mayer über „Die allgemeinen Strafſchärfungsgründe des deutſchen Mil.-St.G.B.“ (S. 139 bis 201), der wohl an anderer Stelle eingehendere Würdigung finden wird.

Digitized by Google

4. Dr. jur. F. Franz, **Mnemotechnik im Bürgerlichen Gesetzbuch.** Berlin, Otto Liebmann, 1903 (38 S.).

Verfasser wünscht dem Juristen beim Merken der Paragraphenzahlen behilflich zu sein. Sein „mnemotechnisches System" besteht darin, daß er statt jener Zahlen „Merkworte" gibt, die dem Inhalt des Paragraphen angepaßt sind. Die Konsonanten dieser Merkworte lassen sich nach einem bestimmten System in Zahlen verwandeln — z. B. d und t gleich 1, da die 1 dem geschriebenen kleinen t ähnlich — die gefundene Zahl ergibt den gesuchten Paragraphen. Wer es absolut nicht behalten kann, daß die Aftermiete in § 549 geregelt ist, der braucht sich nur zu merken: 1) Der Hausherr braucht nicht zu gestatten, daß sein Mieter einen Aftermieter nimmt, der mit sauren Gurken handelt, 2) das Wesentliche dabei sind die „sauren Gurken", 3) s = 5 wegen äußerer Ähnlichkeit, 4) r = 4, da r der letzte Buchstabe von quattuor, 5) g = 9, ebenfalls wegen frappanter Ähnlichkeit, 6) srg bedeutet „saure Gurken" — wer sich diese 6 Punkte leichter merken kann als die Zahl 549, der ist gerettet.

5. Dr. Hermann Zwick (Kgl. Schulrat und Stadtschulinspektor, Mitglied des Reichstags), **Das Kinderschutzgesetz am 30. März 1903.** Berlin, Otto Liebmann, 1903, (74 S.).

Ein trefflicher Wegweiser durch das an Undurchsichtigkeit bekanntlich schwer zu übertreffende Gesetz; berechnet in erster Linie für Schul- und Gewerbe-Aufsichtsbeamte, Lehrer usw., deren verständnisvolle und hingebende Mitwirkung in der Tat die erste Vorbedingung für eine durchgreifende Anwendung des sozialpolitisch und in weiterem Sinne kriminalpolitisch hochbedeutsamen Gesetzes bildet.

6. Jakob Reeb (k. g. Rat und Gymnasialprofessor, Mitglied der Kammer der Abgeordneten), **Das bayerische Zwangserziehungsgesetz und seine Durchführung.** Ein Wegweiser für alle zur Mitarbeit Berufenen. München, C. H. Beck, 1903, (VI und 118 S.).

Zunächst nicht für Juristen bestimmt, sondern für alle, auf deren freiwillige Mitarbeit das Gesetz rechnet.

36.

Neue[1]) geſchichtliche Hermäa.

Mitgeteilt von Theodor Diſtel in Blaſewitz.

I. Aus kurſächſiſcher und auswärtiger Spruchpraxis.

1. Gottesläſterung.

a) 1614, Mai: „. . . . . Hat der Gefangene auf der Trinkſtube [!] folgende gottesläſterliche, abſcheuliche und leichtfertige Reden gebraucht und verlauten laſſen, er hielte Leib und Blut Chriſti für . . . ., es wären keine Seelſorger von Gott geſandt, ſondern nur von der Obrigkeit angenommen, ſie könnten auch niemand ſelig machen noch verdammen und, wenn ein Weib ſchwanger wäre und zum Pfarrer käme, ſagte derſelbe, fahre aus, du unreiner Geiſt, woraus dann folgen müſſe, daß die ſchwangeren evangeliſchen Weiber den Teufel trügen ꝛc., ſo wird er von wegen ſolcher begangenen und bekannten Gottesläſterung mit dem Schwerte vom Leben zum Tode geſtraft.“ (Leipziger Schöppen.)

b) 1631, Januar: „. . . . . Hat ſich der Gefangene in der Schänke [!] . . . . dieſer Reden verlauten laſſen: Iſt doch die Mutter Gottes eine . . . . geweſen, und ihr betet ſie an, und es wäre doch wahr, denn ſie hätte . . . . keinen Mann gehabt, ſo wird er deswegen, weil er ſehr trunken geweſen, auch . . . . um Verzeihung gebeten, mit Vorgeben, daß er nicht wiſſe, was er geſtern getan hätte, ein vier oder fünf Jahre des Landes verwieſen.“ (Dieſelben.)

2. Brandſtiftung, Diebſtahl und „Metzen“.

a) Zum großen Annaberger Brande (1604).

Einer der Brandſtifter, Chriſtoph Hubatka in Prag, ſollte nach dortigem Urtel „um die Säule an einer Kette laufend und alſo verbrannt werden“; man vergl. „Archiv für die ſächſiſche Geſchichte“ XII, 223.

b) 1613, November. Ein Jude aus Prag wird wegen Diebſtahls zum Strange verurteilt. (Dieſelben.) An den Füßen wurden israelitiſche Diebe anderwärts aufgeknüpft.

---

[1]) Man vgl. Z XXIII 934.

c) 1615, März: „ . . . . So möchte er, wegen des begangenen und bekannten Diebstahls und, daß er den Leuten, so bei ihm in der Mühle gemahlen, so untreulich, böslich und betrüglicher Weise vorgestanden und ihnen das ihrige, durch seine listigen, bübischen und tückischen Ränke und Praktiken vorsätzlich entfremdet und abgestohlen, auch andere, so dergleichen tun möchten[2]), zum Abscheu und Exempel, mit dem Strange vom Leben zum Tode gestraft werden." (Dieselben.)

3. Lenoncinium.

a) Adulterium und lenoncinium quaestus causa (1587).

Biering's: Clerus Mansfeldensis (1742) entnehme ich, daß 1587 der (seit 1559) zu Heldrungen amtierende Pfarrer[3]), Jakob Sprung, wegen Ehebruchs enthauptet worden ist. Dazu gehört folgender Spruch derselben aus dem „Juli" genannten Jahres:

„Hat inquisit gestanden, daß er wohl gewust vnd zufrieden gewesen, daß sein Eheweib mit dem Pfarrherrn N. N. Ehebruch begehen möchte, dann er seiner wohl zu genieſſen verhoffet, vnd sich mit jhme derowegen vmb 100 Thaler vertragen, auch 53 Thaler darauff empfangen, ꝛc. Da nun gedachter C. K. vff seinem gethanen Bekändtniß vor Gerichte freywillig verharren, oder daß sonsten wie recht vberwiesen würde, ꝛc. So möchte er solcher seiner Verbrechung wegen mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode gestrafft werden. V. R. W."

Die verkuppelte Frau dürfte nicht anders weggekommen sein.

b) 1628, Dezember: „ . . . . So viel aber die Mutter anlangt, dieweil sie die Vetteln in ihrem Hause aufgehalten und ihren Sohn mit denselben Hurerei treiben lassen, also mag sie deswegen auf drei Jahre des Landes verwiesen werden." (Dieselben.)

4. Seltsame Entschuldigung eines Ehebrechers (1592).[4])

1592, Dezember: „ . . . Hat inquisit in scharppfer Frage bekant, vnd außgesagt, daß er mit N. N. fleischlichen zugehalten, vnnd geehebruchet, darneben aber vorgewendet, vnnd darauff bey der scharpffen Frage verharret, daß er solches Werck niemals vollbracht, noch etwas enden oder außrichten können, sondern er hette nur versuchen wollen, ob seine Natur widerumb jhren Gang bekommen möchte, weil jhme sein Weib hiebevor zuvergeben sich vnterstanden, vnd durch Zauberey, so viel jhme beybracht, daß er in fünff Jahren mit keinem Weibe nichts zuschaffen haben können, ꝛc. So wird er mit der ordentlichen Straffe des Ehebruchs billich verschonet, aber gleichwohl vber das außgestandene fast dreyjährige Gefängnuß deß Landes ewig billich verwiesen." (Dieselben.)

---

[2]) Man vgl. a. a. O. S. 936/37.

[3]) Man vgl. den ehebrecherischen Pfarrer in Z X 431 ff. Die diesbezüglichen Akten konnte ich nicht erlangen.

[4]) Die bezüglichen Akten konnte ich nicht erlangen.

II. Öffentliche Abbitte eines kursächsischen Pfarrers.

Der Pfarrer J. J. Th. zu L[astau] in der damaligen Superintendantur Colditz[5]) hatte 1617 falsche Tischtrunkzettel eingereicht und dafür Gefängnisstrafe verbüßt. Nichtsdestoweniger kam es wegen seiner Stelle zu folgendem, milden Verfahren. Der Superintendent hatte — in der Kirche jenes Geistlichen, eines Sonntags nach der Predigt, — diese „Form" von der Kanzel abzulesen: „Euer christlichen Liebe ist bewußt, welcher maßen euer bishero gewesener Pfarrer .... in seinem hohen Alter mit Abgebung etlicher Steuerzettel sich übel vorgesehen und [durch] menschliche Schwachheit übereilen lassen. Ob er nun wohl hierdurch seines Amts sich verlustig gemacht und man hierüber mit anderer Strafe wider ihn zu verfahren Ursache gehabt, so hat doch die hochgeborne Fürstin und Frau, Frau Sophia [zu Brandenburg, Wittwe des Kurfürsten Christian I. zu Sachsen, die Colditz als Wittum besaß] auf sein unterthänigstes, hochflehentliches Bitten ihn, wegen seines hohen Alters und langwieriger Dienste so weit gnädigst angesehen, daß er, nach erlittener Gefängnißstrafe und versprochener Besserung, nunmehr in sein Amt wieder eingesetzt werden soll. Wird derowegen Eure christliche Liebe hiermit vermahnet, da er euch mit diesem seinen Fall geärgert, daß ihr ihme solches von Herzen verzeihen, dasselbe nicht aufrücken, noch ihn dessen entgelten lassen, sondern fürohin vor euern Pfarrer und Seelsorger halten und ehren wollet. Gott der Herr wolle ihm und euch eure Sünde vergeben und dafür künftig gnädiglich behüten und bewahren, um seines lieben Sohnes unseres Herrn Jesu Christi willen, Amen."

[5]) Seinen Namen und seine Amtszeit giebt Kreyßig in seinem sächsischen Prediger-Album weiter an. Auch der in Z XXII 477 angedeutete Name des Pfarrers zu Durrweitzschen kann dorther ergänzt werden.

Druckfehlerberichtigungen.

Z XXIII 938 Zeile 9 lies trachten, Zeile 31 ins väterliche, Zeile 39 Leuben und Zeile 40 1897. Th. D.

37.

Ein Gottesurteil im 20. Jahrhundert.

Mitgeteilt von Eugen Kuliſcher in St. Petersburg.

Ein Gottesurteil im zwanzigſten Jahrhundert — ja, wen kann denn ſo was frappieren? Iſt es denn nicht allgemein bekannt, daß bei zahlreichen Naturvölkern ſich noch bis auf den heutigen Tag Ordalien in verſchiedenſter Form erhalten haben? — Allerdings. Das Merkwürdige liegt aber bloß darin, daß der Fall des iudicium ferri candentis, von dem ich Ihnen berichten will, ſich nicht etwa im dunkeln Afrika oder in einem anderen entlegenen Erdteile zugetragen hat, ſondern in einer europäiſchen Großſtadt.

Die Kriminalſektion des Odeſſaer Kreisgerichts (Landesgerichts) hatte ſich nämlich neulich mit folgender Anklage wegen Körperverletzung zu beſchäftigen.

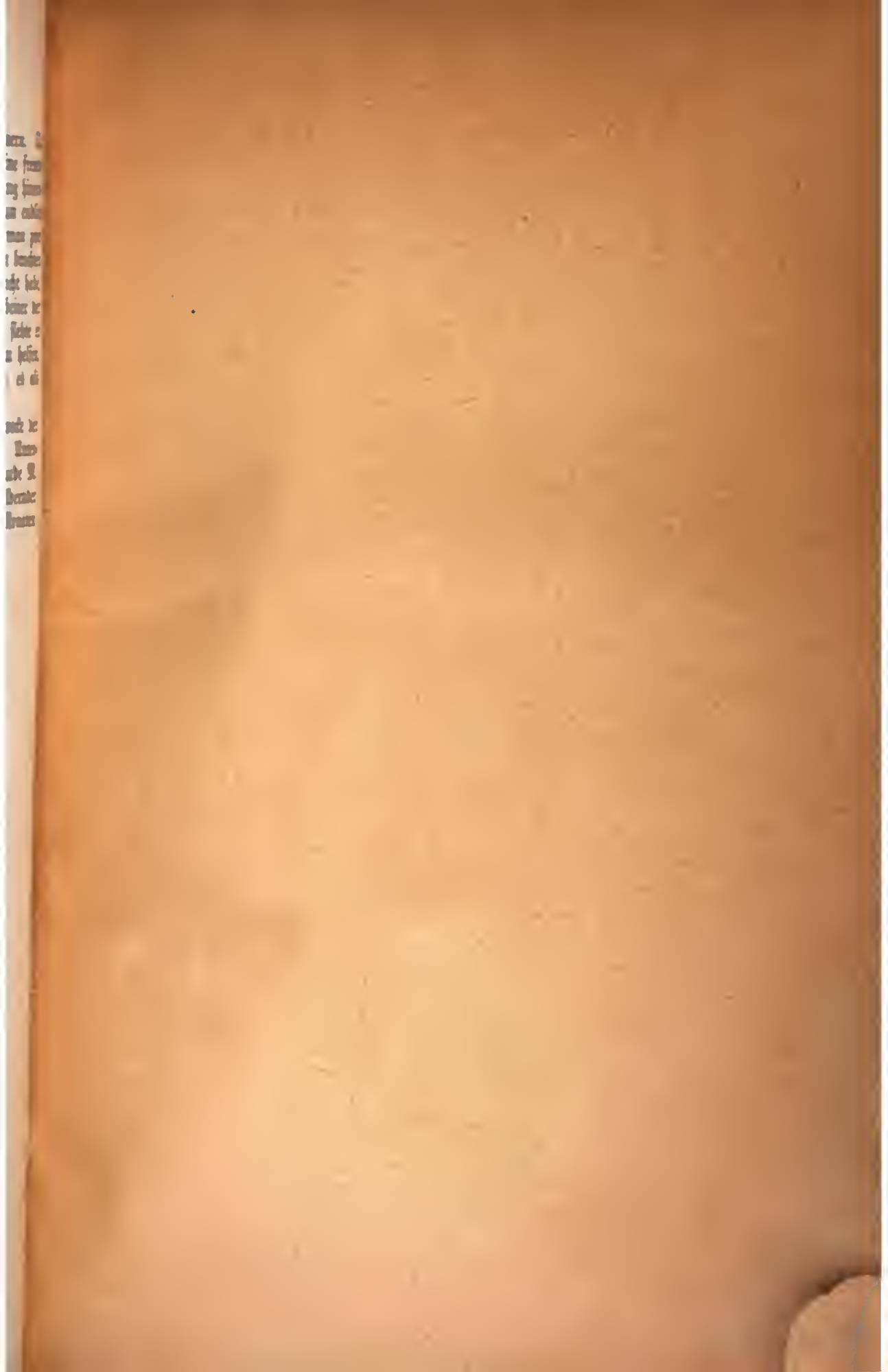
Zum Hausknecht eines Hauſes in Odeſſa, in deſſen Wohnung ein kleines Straßenpflaſterer-Artel lebte, kam ſein Bekannter, ein alter Bulgare D., zu Beſuch und blieb bei ihm nachten. Morgens gingen die Pflaſterer auf die Arbeit und als ſie zum Mittageſſen zurückgekehrt waren, bemerkte einer von ihnen, daß aus ſeinem Koffer ſein Geldbeutel und acht Rubel verſchwunden waren. Alle waren empört, und man kam überein, daß es keiner außer dem D. habe machen können. Der Alte beſchwor, daß nicht er geſtohlen habe, küßte das Brot, das man ihm darreichte, küßte die Heiligenbilder: man glaubte ihm nicht. Da gab einer den Rat, den Alten auf den Herd hinzuſetzen, um die Wahrheit zu erfahren. Das Herdfeuer brannte noch: man kochte das Eſſen und die Herdplatte war faſt rotglühend. Doch der Alte bemerkte furchtlos, die Glut werde ihm nichts ſchaden, da er unſchuldig ſei. So trat denn der Arbeiter M. (der Angeklagte) an ihn heran und, nachdem er ihm die Hoſen heruntergenommen hatte, hob er ihn empor und ſetzte ihn auf die glühende Herdplatte. Inſtinktiv ergriff D. mit den Händen den Herd, doch da er ſie ſich abgebrannt hatte, zog er ſie gleich zurück. Der Herd ziſchte. M. hielt den Alten feſt, daß er nicht herabſpringe, die übrigen ſechs Perſonen ſahen zu. Nach etwa vier Minuten nahm man den Alten herunter. Er konnte weder ſtehen noch ſitzen, doch

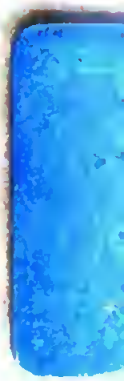
Digitized by Google

auf dem Bette liegend fuhr er fort, ſeine Unſchuld zu beteuern. Da kam gerade eine Nachbarin herein und erzählte, ſie habe eine fremde Perſon in der Abweſenheit des Hausknechts in ſeine Wohnung hineingehen geſehen. Das machte die Arbeiter ſtutzig, und um nun endlich in den Beſitz der untrüglichen Wahrheit zu gelangen, ſchickte man zwei Perſonen zu einer Wahrſagerin. Zum allgemeinen Entſetzen brachten ſie die Antwort, daß nicht derjenige, welchen man in Verdacht habe, ſondern ein von auswärts gekommener Landsmann der Arbeiter der Dieb ſei. Beſonders war M. außer ſich; voll von Reue flehte er den Alten um Verzeihung und verſprach, ihm mit Geld zu helfen. D. blieb über einen Monat im Krankenhauſe und verließ es als arbeitsunfähiger Krüppel.

Das erſte mal wurde die Gerichtsverhandlung zum Zwecke der Unterſuchung des Geiſteszuſtandes des Angeklagten M. vertagt. Unterdeſſen war D. geſtorben. Bei der zweiten Verhandlung wurde M. von den Geſchworenen ſchuldig geſprochen unter Anerkennung mildernder Umſtände. Das Gericht verurteilte ihn zu einem Jahr acht Monaten Gefängnis.

Druck von Leonhard Simion Nf. in Berlin SW.





LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 548 494

Digitized by Google